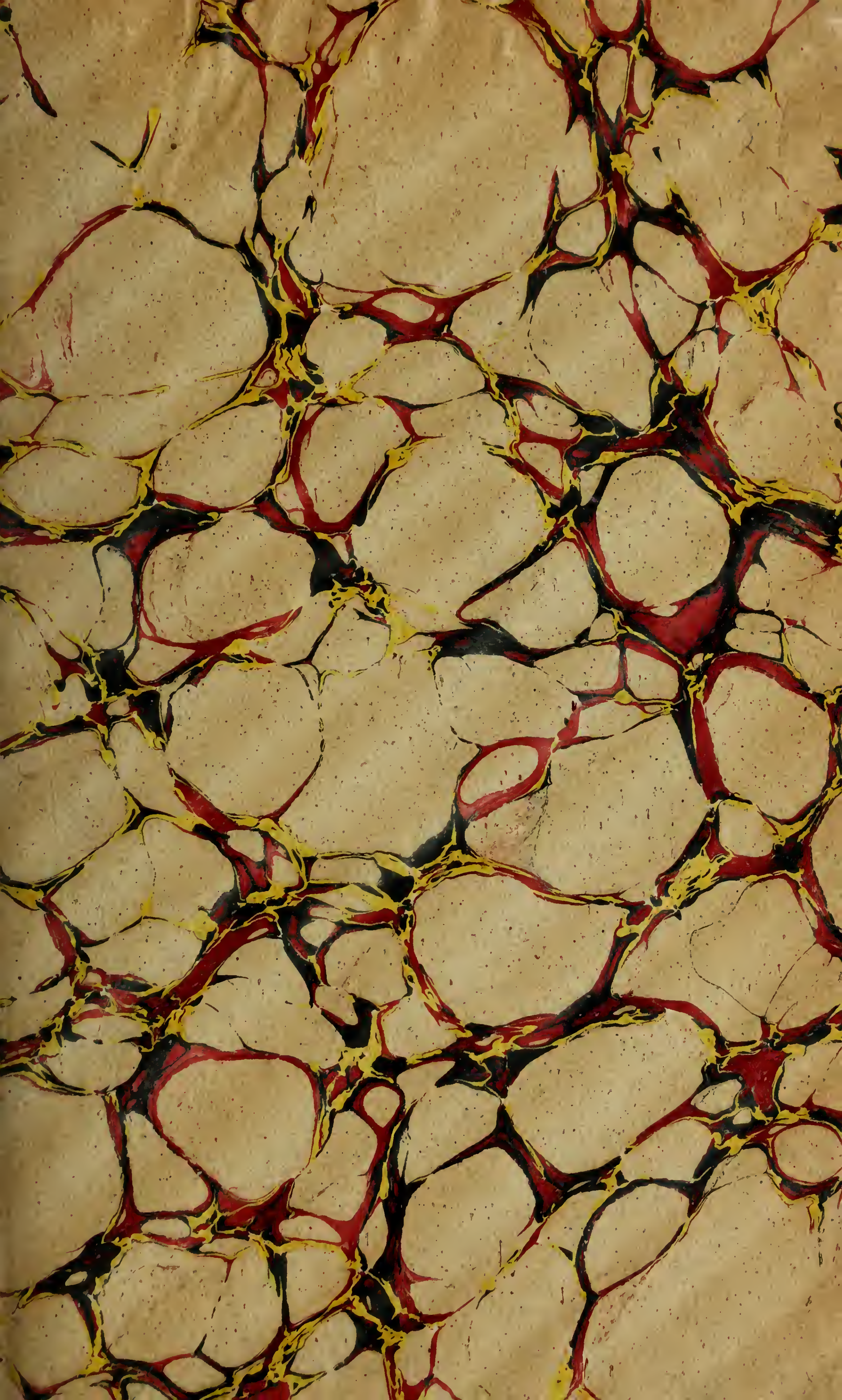




LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS

AVEC

LE DROIT DES GENS

ET

LE DROIT CIVIL

CORBEIL, TYP. ET STÉR. DE CRÉTÉ FILS.

[redacted]

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS

AVEC

LE DROIT DES GENS

ET

LE DROIT CIVIL

PAR

M. G. MASSÉ

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

TROISIÈME ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE

TOME QUATRIÈME

PARIS

GUILLAUMIN ET Cie, LIBRAIRES

Éditeurs du Journal des Économistes, de la Collection des principaux Économistes,
du Dictionnaire de l'Économie politique,
du Dictionnaire universel du Commerce et de la Navigation, etc.

Rue Richelieu, 14

[redacted]

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS

ET LE DROIT CIVIL

SUITE LIVRE V

DU DROIT CIVIL DANS SES RAPPORTS AVEC LES OBLIGATIONS COMMERCIALES.

TITRE Ier (SUITE).

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES OU CONTRATS

CHAPITRE V

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

SOMMAIRE. — 2064. Différentes manières d'éteindre les obligations. — 2065. Modes d'extinction particuliers, et modes généraux.

2064. Les obligations s'éteignent de plusieurs manières : elles s'éteignent naturellement par l'accomplissement ou l'exécution de ce qui en forme l'objet, en d'autres termes par la prestation de la chose qui est dans l'obligation, ou, en certains cas, d'une chose équivalente, c'est-à-dire par le payement, la dation en payement, la cession de biens et la compensation.

Elles s'éteignent par la volonté réciproque des parties qui consentent soit à révoquer la convention, soit à mettre fin à l'obligation, comme dans le cas de la remise de la dette ; soit à substituer une obligation à une autre, au moyen de la novation ou de la délégation.

Elles s'éteignent par la volonté d'une seule des parties dans certains contrats qui se rapportent à un ordre de faits successifs, comme en matière de société (1); et dans les contrats qui ont pour objet l'intérêt principal de l'une des parties, comme dans le mandat et dans tous les contrats qui participent de la même nature.

Elles s'éteignent accidentellement par l'événement d'une circonstance prévue ou imprévue qui met fin à l'obligation, soit en la rendant sans objet, comme dans le cas de la confusion qui s'opère par la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur; soit en la dissolvant par l'effet d'une condition résolutoire.

Enfin, elles s'éteignent par la prescription, c'est-à-dire par l'écoulement d'un certain laps de temps qui fait présumer soit que le débiteur a fourni ce qu'il devait, soit que le créancier a renoncé à ce qui lui était dû.

2065. De ces divers modes d'extinction, les uns sont généraux, et s'appliquent à tous les contrats; les autres sont particuliers, et ne s'appliquent qu'à certains contrats.

Les modes particuliers, dont il n'y a lieu de s'occuper qu'en traitant des contrats auxquels ils se rapportent, sont, par exemple, la volonté de l'une des parties, quand elle suffit pour faire cesser les effets, dans l'avenir, des obligations qui résultent des contrats de société, de mandat, de dépôt; ou la mort de l'une des parties, considérée comme cause de la résolution des mêmes contrats.

Les modes généraux sont le payement, la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion, la perte de la chose, l'effet de la condition résolutoire et la prescription (2).

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1581.
(2) C. civ., 1234.

A ces modes généraux, le Code civil (1) ajoute la nullité ou la rescision des conventions, bien qu'à proprement parler la nullité d'un contrat, qui fait qu'il n'existe point d'obligation, ne soit pas une cause d'extinction d'une obligation qui n'a jamais eu qu'une existence apparente.

Nous allons examiner successivement ces divers modes généraux d'extinction, sauf l'effet de la condition résolutoire, dont nous avons déjà traité en parlant des obligations conditionnelles (2), et la prescription qui, se rattachant à un ensemble d'idées plus générales, fera ultérieurement l'objet d'un examen spécial (3).

SECTION I. — DU PAYEMENT.

SOMMAIRE. — 2066. Ce que c'est que le payement. — 2067. Tout payement suppose une dette. Répétition de l'indu. Acquittement des obligations naturelles. — 2068. Exemples. Créances payées par un failli, malgré la remise qui lui en a été faite. — 2069... Sommes payées par un endosseur, malgré la tardiveté du protêt. — 2070. Modifications du payement.

2066. Le payement, dans l'acception la plus générale du mot, est l'accomplissement de toute obligation, soit qu'elle consiste à donner, soit qu'elle consiste à faire. *Solutio est præstatio ejus quod in obligatione est.*

Il suit de là que tout acte qui, en éteignant l'obligation, a pour résultat de délier le débiteur et de lui faire obtenir sa libération, *qui solvit obligationem*, n'est pas, à vrai dire, un payement, quoiqu'il en produise les effets. Pour payer, il faut faire précisément ce à quoi on s'est engagé. *Solvere dicitur eum qui fecit quod facere promisit* (4). — *Non est verum*, dit très-bien Scaccia, *quod solutio et liberatio sint unum et idem*, *siquidem liberatio ità dicitur de solutione propriâ et verâ sicut de eo quod non est propriè solutio, sed habet vim solutionis* (5).

Cependant dans la pratique on donne souvent le nom de

(1) C. civ., 1234.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1795 et suiv.
(3) Voy. *inf.*, liv. VII.
(4) L. 176, ff. *De verb. oblig.*
(5) *De comm. et camb.*, § 1 gl. 5, n. 18.

payement à des moyens de libération qui ne sont pas accompagnés de la prestation de la chose promise, ainsi qu'on en trouve un exemple dans ce passage de Raphaël de Turri, où il énumère certains modes de libération qu'il comprend sous la dénomination générale de payement : *Restrinximus solutiones ad compensationem, ad novationem, ad delegationem, et ad numerationem* (1).

Dans un sens plus restreint et plus usuel, le payement est l'acquit en numéraire d'une somme due, *numeratio, nummorum solutio*, comme dit encore Scaccia (2).

2067. Tout payement suppose donc une dette ou une obligation dont il est l'accomplissement. Il suit de là que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition (3) : le payement qui ne serait pas corrélatif à une dette serait un effet sans cause. Mais la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Si l'obligation naturelle est imparfaite dans le for extérieur, en ce sens que le créancier est destitué d'action pour contraindre le débiteur à payer ou à faire ce qu'il doit, elle est parfaite dans le for intérieur, en ce sens que le débiteur qui, en l'accomplissant, n'a fait que son devoir, n'est pas admis à se repentir de l'avoir fait.

2068. Ainsi le failli qui, après concordat, paye à ses créanciers la quotité dont ils lui avaient fait remise par faveur, exécute une obligation naturelle, et ne peut dès lors répéter ce qu'il a payé : il y a si bien dans ce cas une obligation naturelle que la loi elle-même en reconnaît l'existence, en exigeant du failli qui veut obtenir sa réhabilitation, le payement intégral de ses dettes, sans tenir compte des remises qui lui ont été faites par le concordat (4). Toutefois, si ce payement était fait en contravention à l'article 597 du Code de commerce qui défend les stipulations ou les traités particuliers desquels résulte en faveur d'un créancier un avantage à la charge de

(1) *De camb.*, disp. 2, quæst. 21, n. 25.
(2) *Ibid.*, n. 17.
(3) C. civ., 1255.
(4) C. comm., 604. V. Cass., 1er déc. 1863, S. 64, 1, 158.

l'actif du failli, les autres créanciers ou les syndics auraient contre le créancier qui aurait indument reçu une action pour le contraindre à rapporter à la masse les sommes qui en auraient été détournées à leur détriment (1).

2069. Ainsi encore l'endosseur d'une lettre de change qui en paye montant nonobstant la tardiveté du protêt, n'est pas fondé à répéter ce qu'il eût pu ne pas payer, s'il se fût prévalu en temps utile d'une exception relative, non à la force de l'obligation en elle-même, mais aux conditions imposées au créancier.

2070. Le payement peut recevoir diverses modifications et être fait de plusieurs manières. Ainsi, outre le payement proprement dit, qui éteint la dette au moyen de l'exécution de l'obligation, il y a le payement avec subrogation, qui ne fait guère que substituer un créancier à un autre ; l'imputation de payement qui dirige le payement fait par le débiteur de plusieurs dettes plutôt sur l'une que sur l'autre ; les offres de payement, ou la consignation, qui sont une manière de se libérer envers un créancier qui ne veut ou ne peut recevoir : enfin la cession de biens qui substitue dans le payement une chose à une autre : matières accessoires dont nous nous occuperons après avoir exposé les règles relatives au payement en général.

§ I. — *Du payement en général.*

SOMMAIRE. — 2071. Conditions de validité du paiement :

1° *Par qui le payement peut-il être fait ?* — 2072. Obligations de faire. Distinctions. — 2073... Obligations de donner. Payement fait par une personne intéressée ; par un tiers non intéressé. Droits du tiers contre le débiteur pour lequel il paye ; subrogation. — 2074. Payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre par un tiers indiqué au besoin. — 2075. Payement par intervention d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ; subrogation qui en est la conséquence ; conditions de cette subrogation. — 2076. Elle ne peut s'opérer ni au profit du tireur, ni au profit des endosseurs. — 2077. Comment s'opère-t-elle au profit du tiré. — 2078. Effets de cette subrogation. — 2079. Du cas où il se présente plusieurs intervenants. — 2080. Intervention sur fausse signature. — 2081. Pour payer, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement. Sens de l'art. 1238 du Code civil. — 2082. Payement d'une somme d'argent ou d'une chose

(1) Voy. Cass., 28 août 1855, S., 56, 1, 37 ; et 29 avril 1873 (aff. Cordier).

fongible, par celui qui n'en est pas propriétaire. — 2083... Payements faits en marchandises. — 2084... En effets de commerce. — 2085. Pour payer, il faut être capable d'aliéner la chose donnée en payement. Sens de cette disposition de l'art. 1238. — 2086. Des payements faits par un failli. — 2087. Des payements faits au préjudice d'une opposition. — 2088. Quand peut-on former opposition au payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ?

2° *A qui le payement peut-il être fait?* — 2089. Payement fait au créancier... Au possesseur de bonne foi. — 2090. Quand le détenteur du titre peut-il être réputé possesseur de la créance?... En matière civile. — 2091... En matière commerciale. Du payement fait par erreur à celui qui se présente comme étant le propriétaire d'une lettre de change. — 2092. Du payement fait au faux porteur d'une lettre de crédit. — 2093. Celui qui paye au faux porteur d'une lettre de change ou d'une lettre de crédit, n'est libéré qu'autant qu'il s'est fait remettre le titre. — 2094. Payement fait au cessionnaire de la créance. Différents modes de cession des créances. Créances négociables ou au porteur. — 2095. Du payement d'une lettre de change tirée en plusieurs exemplaires. — 2096. Quand et comment ce payement non libératoire envers le tiers porteur de l'exemplaire accepté, est-il libératoire envers le tireur? — 2097. Des payements faits sur un faux ordre. — 2098... En vertu d'un faux acte de cession. — 2099. A qui doit être fait le payement d'un effet au porteur ? — 2100. Le payement doit être fait à une personne capable de recevoir : mineur, femme, failli. — 2101. *Quid*, si la chose payée à un incapable a tourné à son profit? — 2102. Du payement fait au mandataire. Du mandat exprès ; de l'*adjectus solutionis gratiâ*. — 2103. Du mandat tacite. Du mandat résultant de la remise des pièces à l'avoué ou à l'agréé. — 2104... A l'huissier. — 2105. Du mandat résultant de la remise faite à un commis d'une facture acquittée ou non acquittée. — 2106. Le pouvoir de vendre ou de louer emporte-t-il pouvoir de toucher le prix de la vente ou de la location? — 2107. *Quid*, du commis chargé de vendre? — 2108. *Quid*, du préposé à la location des places dans une entreprise de transport? — 2109. Le commissionnaire chargé de vendre, a pouvoir de toucher le prix de vente. — 2110. *Quid*, du courtier ? — 2111. *Quid*, du maîtreouvrier qui a traité pour le compte d'ouvriers placés sous ses ordres? — 2112. Du pouvoir de toucher, donné par la loi ou par la justice. Payements faits au tuteur. — 2113... Au curateur d'un mineur émancipé. — 2114... Au mari. — 2115... Aux syndics d'une faillite. — 2116. Le payement fait à celui qui n'avait pas pouvoir de toucher pour le créancier est valable si celui-ci le ratifie ou en a profité.

3° *De la chose donnée en payement.* — 2117. Dans les obligations de faire. — 2118... Dans les obligations de donner... Dans les obligations de donner proprement dites. — 2119... Dans les obligations de donner un corps certain. — 2120... Dans les obligations de donner une chose qui n'est déterminée que par son espèce. — 2121. Du payement dans les obligations de sommes. — 2122. Il doit être fait en monnaie métallique. Il ne pourrait être fait en marchandises ou en lingots. — 2123. Il doit être fait en monnaie métallique ayant cours. — 2124. Le débiteur ne peut contraindre le créancier à accepter des lettres de change ou des billets à ordre, ni

même des billets de banque. — 2125... Ni des monnaies étrangères. — 2126. Quand la somme est exprimée en monnaie de compte, elle se réduit en monnaie réelle. — 2127. A moins de conventions contraires, le débiteur peut se libérer en monnaie d'or ou d'argent à son choix ; mais la monnaie de billon ne peut être employée que pour l'appoint de la pièce de cinq francs. — 2128. *Quid*, de la petite monnaie d'argent? — 2129. De l'obligation de payer dans la monnaie stipulée. — 2130. Il faut une stipulation expresse. De l'obligation de payer en espèces d'or; cas divers. — 2131. Cette stipulation est de rigueur; sauf le cas où son exécution est impossible. — 2132. Les espèces métalliques doivent être reçues pour leur valeur nominale au jour du payement. Du cas où cette valeur n'a pas varié entre le jour du contrat et le jour du payement. — 2133. Du cas où cette valeur a varié entre le jour du contrat et le jour du payement. L'art. 1895 du Code civil veut qu'on ne tienne pas compte de cette variation, et que le payement ne soit jamais que de la somme numérique portée au contrat, soit qu'il y ait eu augmentation, soit qu'il y ait eu diminution d'espèces avant l'époque du payement. Examen critique de cette disposition. — 2134. *Quid*, si les parties sont convenues de tenir compte de l'augmentation ou de la diminution des espèces? — 2135. *Quid*, si elles ont contracté en une monnaie de compte ou en monnaies étrangères? — 2136. Effets de la mise en demeure du débiteur avant le changement survenu dans les espèces. — 2137. De la dation en payement. — 2138. Le débiteur ne peut diviser la dette, mais les juges peuvent l'autoriser à faire des payements partiels. — 2139. Quand il y a plusieurs débiteurs, la dette divisible peut être payée partiellement.

4° *Quand doit être fait le payement?* — 2140. A l'échéance. — 2141. Cas dans lesquels le non-payement doit être constaté par un protêt. — 2142. Du délai de grâce. — 2143. Du délai de grâce en matière commerciale. Lettres de change et billets à ordre. — 2144... Obligations commerciales ordinaires. — 2145. Contrats à la grosse et connaissements.

5° *Où doit être fait le payement?* — 2146. Au domicile du débiteur, sauf convention contraire, expresse ou tacite. — 2147. Du lieu convenu pour le payement. — 2148. Du cas où la chose due est un corps certain, ou une chose déterminée seulement par son espèce. — 2149. Frais du payement. Quittance. — 2150. Passe de sacs. — 2151. Frais d'enlèvement, de pesage et de mesurage.

2071. Le payement n'est libératoire que lorsqu'il est valable ; il n'est valable que lorsqu'il est conforme aux conditions essentielles dont la loi ou la convention fait dépendre sa validité ; en d'autres termes, il faut qu'il soit fait par une personne ayant qualité pour le faire, et reçu par une personne ayant qualité pour le recevoir ; qu'il soit d'une chose recevable, soit quant à sa nature, soit quant à sa qualité ; enfin il faut qu'il soit fait à l'époque et au lieu déterminés.

Nous allons passer en revue ces diverses conditions de validité.

2072. 1° *Par qui le payement peut-il être fait.* — Il faut d'abord distinguer entre le cas où il s'agit d'une obligation de faire, et le cas où il s'agit d'une obligation de donner.

S'il s'agit d'une obligation de faire, elle doit être acquittée par le créancier lui-même qui ne peut substituer une chose faite par un tiers à la chose qu'il s'est engagé à faire lui-même à moins que le créancier n'ait aucun intérêt à ce que l'obligation soit remplie par le débiteur personnellement. Dans ce dernier cas, la chose faite par un tiers acquitte l'obligation, même contre le gré du créancier(1). Mais il faut bien remarquer que c'est la chose faite par un autre que par le créancier, qui acquitte l'obligation, et non la substitution d'un tiers au débiteur qui se trouverait libéré : la libération par substitution d'un débiteur à un autre, ne peut jamais avoir lieu contre le gré du créancier (2). Si donc je suis convenu avec le capitaine de tel navire qu'il me transportera des marchandises du Havre à Marseille, ce capitaine ne peut, pour se dégager de son obligation, m'offrir un autre capitaine qui consentirait à se charger d'effectuer le transport au lieu convenu : c'est avec lui que j'ai contracté, c'est lui qui est mon débiteur, et, si je puis faire faire le transport à ses frais dans le cas où il ne le ferait pas lui-même (3), il ne peut me contraindre à accepter un autre débiteur qui prendrait l'obligation pour son compte. Mais si les marchandises, du transport desquelles j'ai traité avec ce capitaine, sont à l'époque dite transportées à Marseille, il doit m'importer peu que le transport ait été effectué par celui avec qui j'avais contracté ou par un tiers. Je n'avais intérêt qu'à une seule chose : c'est qu'à l'époque dite et convenue, les marchandises fussent arrivées à leur destination ; elles y sont, peu importe par quelle voie ; l'obligation de les transporter est donc éteinte.

Si, au contraire, j'ai intérêt à ce que la chose soit faite par

(1) C. civ., 1237.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1648.
(3) Voy. t. IV, n. 214.

celui qui s'est engagé à la faire, par exemple si j'ai traité avec un mécanicien habile pour la construction d'une machine à vapeur, ce mécanicien ne pourrait s'acquitter avec une machine faite par un autre, s'il ne me convenait pas d'accepter cette machine au lieu et place de celle qu'il devait faire lui-même.

2073. Dans les obligations de donner, et surtout dans les obligations de sommes, le principe général est qu'une obligation peut être acquittée soit par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution ; soit par un tiers qui n'y est point intéressé. Seulement, dans ce dernier cas, l'obligation n'est éteinte vis-à-vis du débiteur, que si le tiers non intéressé qui paye, agit au nom et en l'acquit du débiteur ; ou si, agissant en son propre nom, il ne se trouve pas, par l'effet du payement, subrogé légalement ou conventionnellement dans les droits et actions du créancier (1). Dans le cas de subrogation, en effet, l'obligation n'est éteinte que vis-à-vis du créancier qui n'a plus rien à demander ; mais elle subsiste vis-à-vis du débiteur qui n'a fait que changer de créancier (2).

Du reste, le créancier auquel un tiers non intéressé offre le payement, n'est obligé de l'accepter que dans le cas où ce tiers n'exige pas que le créancier le subroge dans ses droits : cette subrogation constituerait une cession forcée de la créance, et nul ne peut être contraint de céder ce qui lui appartient (3).

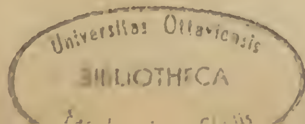
Le tiers qui a payé pour le débiteur et auquel la subrogation a été refusée, ne peut alors avoir contre ce débiteur que l'action *negotiorum gestorum*. Cette action, dont l'exercice dépendrait des circonstances (4), devrait être plus facilement accueillie en matière commerciale qu'en matière civile, en ayant soin de remarquer toutefois que le tiers qui aurait payé plus qu'il n'était dû, n'aurait un recours contre le débiteur

(1) C. civ., 1236.

(2) Toullier, t. VII, n. 9 ; Duranton, t. XII, n. 15 ; Marcadé, sur l'art. 1236.

(3) Duranton, t. XII, n. 15.

(4) Toullier, t. VII, n. 12 et suiv.



que pour la somme réellement due, et non pour ce qu'il aurait payé en trop (1).

2074. Le droit commercial offre deux exemples remarquables, l'un d'un payement fait par un tiers agissant au nom et en l'acquit du débiteur ; l'autre d'un payement fait par un tiers agissant en son propre nom.

Le tireur, le souscripteur ou les endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, peuvent indiquer sur l'effet des tiers chargés de le payer au besoin pour le cas où le payement n'en serait pas effectué par le débiteur (2). Ces *besoins*, indiqués par l'un des coobligés au payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, sont les mandataires de celui qui les a indiqués ; lorsqu'ils payent, c'est en son nom et en son acquit, et ils ont dès lors un recours contre lui en remboursement des dépenses qu'ils ont faites pour l'exécution de leur mandat. Mais ils n'ont ce recours que contre leur mandant : ils ne peuvent l'exercer contre les autres coobligés ou garants solidaires, parce qu'ils n'ont pas été parties au contrat (3).

Mais cette indication produit des effets tout différents selon qu'elle a été faite par le tireur d'une lettre de change et le souscripteur d'un billet à ordre, ou par l'un des endosseurs. Quand le besoin a été indiqué par le tireur ou par le souscripteur, le porteur est tenu de faire protester au domicile de ce besoin, aux termes de l'article 173 du code de commerce d'après lequel le protêt doit être fait au domicile des personnes indiquées par la lettre de change pour la payer au besoin : il est naturel en effet que le protêt qui doit être fait au domicile du tireur d'une lettre de change ou du souscripteur d'un billet à ordre, soit également fait au domicile des personnes que le tireur ou le souscripteur ont indiquées pour payer au besoin en leur lieu et place. Mais le protêt n'est pas également exigé au domicile des besoins indiqués par les

(1) *Licet gerens negotium alienum si indebitum exigit teneatur hac actione restituere exactum domino pro quo gessit, si tamen solvit indebitum, nullâ ratione ab eo repetere potest.* (De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 13, n. 31.)

(2) C. com., 173.

(3) Voy. Cass., 14 fév. 1848, S., 48, 1, 353.

endosseurs, parce que le protêt ne devant pas être fait au domicile des endosseurs auxquels il suffit de dénoncer le protêt avec assignation dans la quinzaine de sa date (1), la loi ne pouvait exiger un protêt au domicile des besoins indiqués par eux, c'est-à-dire au domicile du mandataire de l'endosseur sans se mettre en contradiction avec les dispositions qui ne subordonnent les recours contre l'endosseur lui-même, c'est-à-dire contre le mandant, qu'à une simple notification du protêt et à des poursuites dans un délai déterminé (2).

2075. Le second exemple qui n'est pas moins remarquable, consiste dans le payement par intervention d'une lettre de change. Le payement par intervention est fait par un tiers qui, n'étant pas personnellement intéressé au payement de la lettre de change protestée faute de payement, déclare intervenir pour le tireur ou l'un des endosseurs, et payer en leur lieu et place (3). Par suite de ce payement, qui a pour effet de libérer tous les endosseurs s'il est fait pour le compte du tireur, et de libérer les endosseurs subséquents s'il est fait pour le compte d'un endosseur, celui qui paye par intervention est subrogé à tous les droits du porteur (4); mais, pour que cette subrogation puisse s'opérer, il faut nécessairement que le payement par intervention ait lieu après protêt, parce que c'est seulement lorsque le refus des débiteurs est régulièrement constaté, que l'intervention peut être utile. C'est pourquoi l'article 158 du Code de commerce exige que l'intervention et le payement soient constatés dans l'acte de protêt ou à la suite de l'acte.

Il faut de plus que celui qui intervient pour payer soit un

(1) Art. 164 et 167, C. com.

(2) V. en ces termes Cass., 24 mai 1829, S., 29, 1, 159; 3 mars 1834, S., 34, 1, 220; Paris, 16 fév. 1837, S., 37, 8, 152; et 19 mai 1841, S., 41, 2, 541; Cass., 29 juill. 1850, S., 50, 1, 663 et 17 avril 1872, S., 72. 1. 165. (Ce dernier arrêt rendu à mon rapport.) Les auteurs sont généralement, mais à divers degrés, d'une opinion contraire. V. aussi Cass., 7 juin 1839, S., 39, 1, 873.

(3) C. com., 158.

(4) C. com., 159. — Rote de Gênes, *Décis.* 197, n. 1; Ansaldus, *Disc.* 2, n. 42; *Disc.* 3, n. 14; *Disc.* 17, n. 33; *Disc.* 179, n. 3 et 49; Casaregis, *Disc.* 58, n. 8 et 15; *Disc.* 197, n. 18; *Disc.* 198, n. 35 et suiv., 48 et suiv.; Scaccia, § 2. gloss. 5, n. 356 et suiv.

tiers, c'est-à-dire qu'il ne soit obligé à aucun titre au payement de la lettre. S'il y était obligé, il ne ferait qu'acquitter sa propre dette, et si ce payement lui donnait quelques droits de subrogation contre les coobligés au payement de la lettre, ce ne serait pas par suite de la subrogation particulière qui s'opère au profit de l'intervenant, mais bien par suite du recours qui appartiendrait au coobligé payeur contre ceux des autres coobligés qui sont ses garants solidaires (1).

2076. Si donc, lors du protêt fait contre le tiré, le tireur se présente et paye volontairement, il a contre le tiré qui a reçu la provision, le même recours que s'il payait sur la dénonciation ultérieure qui lui serait faite du protêt.

De même, si c'est un des endosseurs qui paye volontairement, il a son recours tel que de droit contre le tiré, le tireur et les endosseurs qui le précèdent, et comme s'il payait comme contraint et forcé, mais sans subrogation contre les autres.

2077. Quant au tiré qui après avoir refusé d'accepter paye pour l'honneur de la signature du tireur ou de l'un des endosseurs, il est assimilé à un tiers, puisque c'est son acceptation qui le rend partie au contrat de change (2). Dans ce cas, en vertu de la subrogation qui s'opère à son profit, il peut exercer tous les droits du porteur, tant contre le tireur que contre les endosseurs, au lieu que s'il avait accepté et payé sans avoir de provision, il n'aurait de recours que contre le tireur, dont il se serait rendu le mandataire. *Qui acceptat ac solvit tractam super protestu*, dit Raphaël de Turri, *acquirit actionem negotiorum gestorum contra dominum, non autem mandati* (3).

Mais il faut pour cela qu'il n'y ait pas de doute sur la qualité en laquelle le tiré a payé, et que la qualité d'intervenant, si elle ne résulte pas d'un dire exprès, soit au moins le résultat nécessaire des circonstances qui ont accompagné le payement. Il y a payement par intervention, dit à ce sujet le même auteur, *quando verè et realiter fit solutio litterarum ab eo cui fit*

(1) Voy. *sup.*, n. 1987, et *inf.*, § 2.
(2) Locré, sur l'art. 158, C. com.; Pardessus, n. 405.
(3) *De cambiis*, disp. 2, quæst. 13, n. 34. — Voy. aussi la Rote de Gênes, *decis.* 6, n. 8.

tracta, non absolutè et simpliciter, sed pro honore litterarum, id quod exequitur declarando se non in executione ordinum et litterarum, sed pro honore litterarum, seu datoris earum solvere (1).

Cette déclaration peut être suppléée par les circonstances. Ainsi le tiré est réputé payer par intervention, lorsqu'il paye après avoir refusé d'accepter la lettre de change et l'avoir laissé protester faute d'acceptation et de payement. Telle était l'ancienne pratique constatée par la Rote de Gênes : *acceptare litteras super protestu est dicere : Nolo acceptare mandatum, sed tanquam tertius pro honore litterarum solvo* (2) ; et approuvée par Raphaël de Turri, suivant lequel une acceptation sur protêt écarte toute idée de mandat et d'acceptation proprement dite (3).

Mais il ne suffirait pas que le tiré, qui aurait accepté et payé sans protêt, eût fait des réserves et déclaré payer par intervention. Ces réserves seraient contredites par son fait. *Protestatio in acceptatione litterarum*, dit encore la Rote de Gênes, *non operatur in solutione, ni solutio fiat simpliciter* (4). Et Turri joint encore ici son autorité à celle de la Rote : *Quandoquidem semel constito de acceptatione factâ sub conditione protestationis, secutâ exindè solutione, intelligitur necessariè facta in vim dictæ acceptationis et executionis ejusdem et consequens cum eâdem qualitate* (5).

2078. Par son intervention, le tiers se met aux lieu et place de celui pour lequel il intervient, et pour le compte duquel il paye. S'il intervient pour le compte du tiré, il n'a aucun recours contre les endosseurs qui ne sont pas obligés envers le tiré, et il n'a de recours contre le tireur que dans le cas où celui-ci n'aurait pas fourni la provision.

S'il intervient pour le compte du tireur, il n'a encore de recours que contre ce dernier, mais il a ce recours dans tous les cas, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas provision.

(1) *De camb.*, disp. 3, quæst. 1, n. 37.
(2) Rote de Gênes, décis. 6, n. 8.
(3) Disp. 2, quæst. 13, n. 17.
(4) Décis. 6, n. 2.
(5) *De camb.*, disp. 2, quæst. 14, n. 42.

S'il intervient pour l'un des codébiteurs, il n'a de recours que contre les endosseurs qui précèdent celui pour lequel il intervient.

En d'autres termes, le payement par intervention fait pour le compte du tiré ou du tireur, libère tous les endosseurs, et fait pour le compte d'un endosseur, il libère tous les endosseurs subséquents (1).

Il suit de là que lorsque l'article 159 du Code de commerce dit que celui qui paye une lettre de change par intervention est subrogé aux droits du porteur, cette disposition ne doit pas être prise à la lettre. Il est subrogé aux droits du porteur contre celui pour lequel il intervient, et relativement à ceux des coobligés contre qui celui pour lequel il intervient pouvait recourir; mais il n'est pas subrogé dans les droits du porteur, relativement à ceux contre qui celui pour lequel il intervient n'avait aucun droit de recours.

2079. S'il se présente à la fois plusieurs intervenants, celui qui opère le plus de libérations est préféré : si celui sur qui la lettre de change était tirée et sur qui a été fait le protêt faute d'acceptation se présente pour la payer, il est préféré à tous autres (2).

2080. Il est du reste à remarquer que si la signature pour l'honneur de laquelle l'intervenant paye, était fausse, l'intervenant aurait une action en répétition contre le porteur à qui il aurait payé ce qui ne lui était pas dû par celui dont la signature a été falsifiée (3).

2081. Aux termes de l'article 1238 du Code Civil, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable de l'aliéner. Cette rédaction est mauvaise, en ce sens qu'elle fait une règle générale de ce qui n'est qu'une exception. On sait en effet que dans notre droit français, l'obligation de donner une chose déterminée rend le

(1) C. com., art. 159.

(2) C. com., 159.

(3) Douai, 21 juill. 1844, S., 44, 2, 414; Paris, 25 nov. 1857, S., 58, 2, 122. Voy. aussi Cass., 15 mars 1865, S., 65, 1, 272. Voy. aussi Pardessus, n. 452; Horson, *Quest.*, n. 102; M. Nouguier, *Des lettres de change*, n. 579.

créancier propriétaire de la chose, avant même qu'elle lui ait été livrée (1). Celui qui livre la chose qu'il a promis de donner, en d'autres termes, qui paye, n'est donc pas propriétaire de cette chose au moment où il la livre, et cependant il paye valablement (2). Les rédacteurs du Code se sont laissé égarer ici par les principes du droit romain, sous l'empire duquel la tradition était nécessaire pour la transmission de la propriété, ce qui permettait de considérer le payement comme une aliénation : *solvere est alienare*. La disposition de l'article 1238, qui exige que pour payer valablement on soit propriétaire de la chose donnée en payement, doit donc être restreinte au cas où la chose due n'est déterminée que par son espèce, et au cas où le débiteur donne une autre chose en payement de celle qu'il doit (3).

Et encore même dans les cas auxquels peut s'appliquer cette disposition, l'article 1238 lui-même y apporte-t-il une exception nécessaire, en disant que le payement d'une somme d'argent ou d'une autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire. Cette exception s'applique principalement aux matières commerciales, où la possession est toujours, plus encore qu'en matière civile, une présomption de propriété qui met à l'abri de toute répétiton le créancier qui a reçu de bonne foi de son débiteur la chose qui lui était due, et dont il a dû croire celui-ci propriétaire, par cela seul qu'il en était possesseur, quand rien ne pouvait indiquer au créancier que le débiteur en était possesseur à un autre titre qu'à titre de propriété.

2082. Cela a lieu dans les payements en numéraire : pour le créancier qui reçoit, les écus sont incontestablement la propriété du débiteur qui les tire de sa caisse; et d'ailleurs les écus reçus sont réputés consommés, par cela seul qu'ils sont confondus avec d'autres dans la caisse du créancier.

(1) C. civ., 1138. — Voy. *sup.*, t. III, n. 1589 et 1594.
(2) Delvincourt, t. II, p. 559; Toullier, t. VII, n. 7; Duranton, t. XII, n. 26 et 27.
(3) Voy. *inf.*, n. 2137.

2083. Cela a lieu dans les payements en marchandise qu'on ne peut présumer être la propriété d'un autre que du marchand dont ils garnissent les magasins, et dont le véritable propriétaire a suivi la foi en les lui confiant, à quelque titre que ce soit.

2084. Cela a lieu dans les payements faits en effets de commerce, dont le créancier ne serait porteur qu'en vertu d'un endossement irrégulier ou en blanc, parce que cet endossement vaut procuration pour négocier, et que le payement en effets n'est autre chose qu'une négociation de ces effets (1). Mais il en serait autrement du payement qui serait fait en billets revêtus d'un faux ordre, en ce sens que le débiteur auquel ces effets auraient été transmis n'aurait aucun recours contre les coobligés antérieurs de faux ordre, et que ces coobligés seraient en droit de revendiquer l'effet entre les mains de celui à qui il aurait été donné en payement. Le payement fait en effets ne vaut que ce que valent les billets eux-mêmes, ou plutôt les signatures dont ils sont revêtus.

2085. Les observations qui précèdent sur la disposition de l'article 1238, qui exige que celui qui paye ait la propriété de la chose avec laquelle il paye, s'appliquent à la disposition du même article, qui exige que celui qui paye avec une chose soit capable de l'aliéner. En général, celui qui a payé ce qu'il devait, et avec ce qu'il devait, n'est pas recevable à exercer une action en répétition sous prétexte qu'il aurait mal payé, parce qu'il n'était pas capable d'aliéner la chose donnée en payement: en accomplissant une obligation valable, il n'éprouve aucune lésion. Il ne pourrait en être autrement que si l'incapable, débiteur d'une chose déterminée seulement par son espèce, ou dont la détermination dépendrait d'une option, prétendait avoir payé soit autre chose, soit plus, soit mieux qu'il ne devait: son incapacité lui donnerait alors le droit de revenir contre un payement qu'il aurait fait d'une manière préjudiciable à ses intérêts.

2086. Il y a une sorte d'incapacité propre aux matières commerciales qui soumet celui qui en est atteint à des règles

(1) C. com., 138.

particulières, quant aux payements qu'il ferait à ses créanciers : c'est la faillite. Nous avons déjà vu (1) quels sont les payements que le failli peut faire, et quels sont ceux qu'il ne peut pas faire. Il nous suffira de faire remarquer ici que la nullité de ces payements ne peut jamais être demandée par le failli à l'égard duquel ils sont parfaitement valables, mais seulement par les créanciers auxquels ils causent préjudice en rompant l'égalité qui est dans le vœu de la loi et de l'équité.

2087. On peut assimiler jusqu'à un certain point à une sorte d'incapacité, l'empêchement qui résulte, pour le débiteur, d'une opposition formée entre ses mains par des créanciers de son créancier. Ce cas est prévu par l'article 1242 du Code civil. Aux termes de cet article, « le payement fait par le débiteur à son créancier au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants : ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier. »

2088. Je n'entrerai pas sur cet article dans des explications qui me feraient sortir de mon sujet ; je me bornerai à faire observer qu'en matière de lettre de change et de billets à ordre, il ne peut être reçu d'opposition au payement que dans deux cas : le premier est celui où l'effet se trouve perdu ou volé ; le second, celui où il devient le gage des créanciers du porteur déclaré en faillite (2). Dans tous les autres cas, toute opposition ou saisie-arrêt entre les mains de l'accepteur ou du tiré est formellement interdite, et ne peut faire obstacle au payement. Cette règle, qui est moins une faveur, accordée au commerce qu'une nécessité résultant de la nature des lettres de change et de la circulation à laquelle elles sont destinées, est tellement absolue, qu'il a été jugé que le débiteur d'un billet à ordre ou d'une lettre de change n'est même pas tenu d'obtempérer au jugement qui déclarerait la validité d'une saisie-arrêt faite entre ses mains (3).

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1221 et suiv.
(2) C. com., 149.
(3) Cass., 5 avril 1826, S., 8, 1, 312; D., 26, 1, 228.

2089. 2° *A qui le payement peut-il être fait?* — Le payement doit être fait au créancier ou à quelqu'un qui le représente, soit en vertu d'un mandat émané du créancier lui-même, soit en vertu de l'autorisation de la justice ou de la loi (1). Occupons-nous d'abord du payement fait au créancier.

Le créancier, en ce qui touche le payement, n'est pas nécessairement celui avec qui le débiteur a contracté. Le créancier est celui qui, au moment de l'échéance, est propriétaire de la créance. Le payement est même valablement fait à celui qui n'est que propriétaire apparent de la créance, ou qui n'en a que la possession, si le débiteur a payé de bonne foi, encore que le possesseur de la créance en soit par la suite évincé (2).

2090. En général, la seule possession du titre ne suffit pas pour que le détenteur ait la possession de la créance et en soit réputé propriétaire. Mais si le possesseur du titre trompe le débiteur sur son identité, et se fait passer pour celui que le titre qu'il représente constitue créancier, le débiteur qui paye de bonne foi est-il libéré?

La question ne peut guère se présenter dans les obligations civiles ordinaires qui ont été contractées directement et sans intermédiaire. Le débiteur connaît le créancier; et si par une erreur inconcevable il payait à un autre, il serait encore plus victime de sa négligence et de sa faute que de la fraude de celui par lequel il se serait laissé tromper, et il ne pourrait dès lors se prévaloir d'une bonne foi qui ne serait que de l'incurie.

2091. Mais elle peut se présenter en matière commerciale, dans le cas où une personne est chargée de payer à une autre sur l'ordre ou le mandat d'un tiers, comme en matière de lettres de change, de billets à ordre ou de lettres de crédit.

Scaccia (3) examine fort longuement la difficulté, et décide que le payement fait par erreur à celui qui se présente comme étant le propriétaire d'une lettre de change, n'est pas libératoire, quoique le tiré fût de bonne foi, et eût toute raison de croire que le porteur était réellement bénéficiaire de la lettre :

(1) C. civ., 1239.
(2) C. civ., 1248.
(3) *De com. et camb.*, § 2, gl. 5, n. 340 et suiv.

Et ipse Franciscus solverit Romæ illi qui litteras sibi præsentavit, et qui asserebat se esse Marcum, de quo in litteris, et ideò solvit bonâ fide, ex quo ipse cognoverat litteras esse veras et non debuerat suspicari quod litteræ potuerint pervenisse ad alterius manus, prsœertìm quia creditor qui illas miserat debebat esse cautus ne possint ad manus alterius pervenire (1). Malgré tout ce que ces circonstances avaient de favorable, Scaccia veut que le tiré soit tenu de payer une seconde fois. Il se fonde sur ce que la dette contractée envers le bénéficiaire de la lettre de change n'est pas une dette d'un corps certain, mais une dette *generis seu quantitatis*, ou d'une somme d'argent; et sur ce qu'il y a cette différence entre ces deux espèces de dettes, que si la perte d'un corps certain, à laquelle peut être assimilé le payement fait par erreur, libère le débiteur, il en est autrement de la perte, et conséquemment du payement par erreur d'une chose déterminée seulement par son espèce et sa quantité, parce que cette chose ne périt pas; de telle sorte que le payement erroné d'une pareille quantité de la même espèce n'empêche pas le débiteur d'être encore redevable envers le créancier : *Quia justa causa credendi eum cui debitor solvit esse creditoris procuratorem, excusat debitorem, si est debitor certæ rei seu speciei; secus si est debitor in genere seu quantitate; nam sicut debitor certæ speciei interitu rei debitæ, non interveniente dolo vel culpâ, ità etiam liberatur traditione rei, factâ bonâ fide, secus est quando solvitur certa pecuniarum quantitas* (2).

Cette opinion fut adoptée par Jousse (3) et par Pothier (4); et il paraît que dans la pratique de l'ancien droit, la règle du commerce était qu'un tiré ne devait pas payer une lettre de change au porteur qui la lui présentait, lorsqu'il ne le connaissait pas, sans se faire certifier qu'il était réellement celui à qui la lettre de change était payable (5). D'après Jousse, il y avait des arrêts en ce sens.

(1) *De com. et camb.*, § 2, gl. 5, n. 341.

(2) *Ibid.*, n. 342.

(3) Sur l'article 4 du titre *Des lettres de change* de l'ordonnance de 1673, n. 1.

(4) *Du contrat de change*, n. 168.

(5) Pothier, n. 169.

Quelle que soit la déférence due à Scaccia et à Pothier, je ne puis m'empêcher de dire que, dans mon opinion, ils ont fait faire fausse route à la jurisprudence qui a obéi à leur impulsion. L'assimilation qu'ils établissent entre la perte de la chose due, et le payement fait par erreur à celui qui dit être le créancier, *qui asserit se esse Marcum*, n'a rien d'exact. Sans doute, quand la chose due n'est déterminée que par son espèce et sa quantité, la perte d'une pareille quantité de choses de la même espèce ne libère pas le débiteur. Je dois mille écus, on me vole pareille somme dans mon secrétaire : je n'en dois pas moins mille écus : cela est sans difficulté.

Mais je dois une lettre de change de mille écus à l'ordre de Paul, que je ne connais pas; elle m'est présentée par un individu qui dit être Paul ou être celui à l'ordre duquel elle est passée, et à qui je la paye; bien évidemment je ne suis pas dans la même position que si les mille écus m'avaient été volés dans ma caisse ou que je les eusse perdus; loin de là, l'emploi que j'en ai fait les a déterminés et en a fait un corps certain. La question de savoir si cet emploi me libère vis-à-vis du véritable propriétaire de la lettre de change, ne dépend donc en rien de la nature de la chose due; elle ne dépend que des circonstances qui ont accompagné le payement, c'est-à dire de ma bonne foi, de ma faute ou de ma négligence, ainsi que de la faute du véritable propriétaire. Et on ne peut pas plus prétendre que le payement d'une chose déterminée seulement par son espèce et sa quantité fait à celui qui dit faussement être le créancier, n'est jamais libératoire, qu'on ne serait fondé à dire que le payement fait dans les mêmes circonstances d'une chose déterminée ou d'un corps certain, libère toujours le débiteur, et le dispense de tenir compte au véritable créancier de la valeur de la chose due.

Il faut donc, pour résoudre la difficulté, balancer les devoirs réciproques du créancier et du débiteur.

Le devoir d'un créancier est de surveiller ses intérêts. Si donc une lettre de change est volée à son propriétaire, ou si elle est perdue, le devoir du créancier est d'en prévenir le débiteur avant l'échéance, afin que celui-ci ne la paye pas.

S'il ne prévient pas le débiteur, celui-ci, dont l'attention n'est pas éveillée, qui sait d'ailleurs que la lettre de change est destinée à circuler et qu'il importe que le payement n'en soit pas retardé, ne commet aucune imprudence en la payant de bonne foi à celui qui la lui représente à l'échéance et qui l'acquitte du nom de celui à l'ordre duquel elle est passée. Mais d'un autre côté, le devoir du débiteur est de ne payer qu'à l'échéance, et de ne pas se dessaisir des deniers, tant que le véritable propriétaire est en temps utile pour signaler la fraude et former opposition au payement. Se dessaisir plus tôt serait une imprudence dont il devrait être responsable.

Ces considérations, aussi puissantes au point de vue du droit pur qu'au point de vue de l'intérêt du commerce, ont entraîné les auteurs du Code, qui ont formulé, dans les articles 144 et 145, un système entièrement opposé à celui de Scaccia et de Pothier. L'article 144 porte que celui qui paye une lettre de change avant son échéance, est responsable de la validité du payement; et l'article 145 ajoute que celui qui paye une lettre de change à son échéance et sans opposition, est présumé valablement libéré. Il suit donc de ces deux dispositions, comme de la nature des choses, que le propriétaire d'une lettre de change à qui le titre est soustrait ou qui l'a perdu, est dans son tort, si avant l'échéance il ne forme pas opposition entre les mains du tiré ou du débiteur; et qu'au contraire c'est le débiteur qui est dans son tort, si, quand une lettre de change lui est présentée avant l'échéance, il ne vérifie par les droits et l'identité du porteur. Dans ce dernier cas, le débiteur ne peut invoquer aucune présomption de bonne foi, tandis que, dans le premier cas, sa bonne foi est présumée; de telle sorte que c'est au véritable propriétaire, au préjudice duquel l'effet a été payé à son échéance, à prouver que le débiteur a payé de mauvaise foi (1).

2092. S'il s'agissait d'un titre sans échéance fixe, par exemple d'une lettre de crédit, *de litteris commendatitiis, vel credentialibus*, c'est d'après les circonstances qu'il faudrait

(1) Locré, sur l'art. 145, code com.

décider si le correspondant auquel elle est adressée a payé de bonne foi le porteur qui s'en est dit propriétaire, et si le véritable propriétaire a quelque tort à se reprocher. Suivant Ansaldus, le correspondant qui paye de bonne foi à celui qui lui représente la lettre, et sur l'identité duquel il ne peut raisonnablement avoir aucun soupçon, est libéré : *Nisi malæ fidei suspicio ex qualitate personæ intercedat, non tenetur debitor facere aliam diligentiam* (1) : pourvu toutefois qu'il retienne par devers lui la lettre sur la représentation de laquelle il a payé, *sed retinendo litteras apud se*, parce que cette rétention seule prouve qu'il a payé sur la représentation du titre et à celui qui en était porteur.

2093. Cette rétention est également nécessaire, et par la même raison, lorsqu'il s'agit de lettres de change.

2094. Quand celui qui est porteur d'un titre de créance ne se présente pas comme étant celui au profit duquel l'obligation a été contractée, mais comme cessionnaire, il doit justifier de la transmission de la propriété à son profit.

La propriété des créances se transmet, comme celle de tous les autres biens, par l'effet des obligations. On donne le nom de transport ou de cession à la transmission de propriété des créances ordinaires. Dans ce cas, c'est l'acte de cession qui constitue le droit du cessionnaire, et lui donne qualité pour recevoir.

Les obligations à ordre se transmettent par voie d'endossement.

Quand la créance est au porteur, la cession s'opère par la remise du titre.

Le payement est donc régulièrement fait au cessionnaire d'une créance, puisqu'il a en sa faveur un titre qu'il n'est pas permis de discuter, soit qu'il s'agisse de la cession d'une créance ordinaire par acte distinct et séparé, soit qu'il s'agisse d'une cession commerciale par voie d'endossement.

2095. Toutefois, dans ce dernier cas, il faut remarquer que lorsqu'une lettre de change a été faite en plusieurs exem-

(1) *Disc.* 24, n. 16.

plaires, et qu'il se présente plusieurs porteurs, le tiré, qui n'a revêtu aucun des exemplaires de son acceptation, est libéré en payant le premier qui se présente. Et si, nonobstant ce premier payement, il payait encore par erreur les autres exemplaires, il aurait un recours en garantie contre le tireur qui l'aurait induit en erreur en mettant plusieurs exemplaires dans la circulation, à moins que chaque exemplaire ne fît mention qu'il est par première, seconde ou troisième, etc., et que le payement de l'un des exemplaires annulera les autres (1).

Si au contraire le tiré avait accepté sur l'un des exemplaires faits par première, seconde ou troisième, il ne serait libéré qu'en payant au porteur de son acceptation (2). S'il payait au porteur d'un exemplaire non accepté, le porteur de son acceptation pourrait le contraindre à payer une seconde fois. Le tiré ne serait même pas libéré en payant au porteur d'un exemplaire revêtu d'une acceptation émanant d'une personne indiquée pour payer au besoin, s'il n'était pas établi d'ailleurs que ce besoin avait mandat du tiré pour accepter. C'est ce qui a été jugé par le sénat de Gênes, le 12 mai 1838, dans l'espèce suivante :

Martini, négociant à Civita-Vecchia, avait tiré une lettre de change par première et seconde sur les frères Piacenza de Turin, payable au domicile de la maison Carignani à Gênes. Les deux exemplaires ayant été mis en circulation furent acceptés, le premier par la maison Carignani, le second par les frères Piacenza tirés. A l'échéance ceux-ci refusèrent de payer le premier exemplaire, et ne voulurent payer que le second. Un procès leur fut alors intenté par le porteur du premier exemplaire, dont les prétentions furent repoussées par l'arrêt précité du sénat de Gênes : « Considérant qu'il est ni justifié, ni même allégué que la maison Carignani eût reçu un mandat exprès ou tacite des frères Piacenza pour accepter la lettre de change tirée sur eux; qu'il faut dès

(1) C. com., 137.
(2) *Ibid.*, 148.

lors reconnaître que l'acceptation de la maison Carignani doit être considérée comme une simple acceptation de l'élection de domicile, et un aveu de l'existence entre ses mains des fonds nécessaires au payement de la lettre de change, ce qui ne dispensait pas le porteur de l'acceptation du tiré, c'est-à-dire des frères Piacenza; que, dès lors, aucune cause légitime de préférence ne pouvant être invoquée en faveur du premier exemplaire, les tirés devaient payer sur le second qui était revêtu d'une acceptation régulière... » (1).

2096. Du reste, il est à remarquer qu'aux termes de l'article 148 du Code de commerce, le tiré qui paye une lettre de change sur un exemplaire non accepté ou qui ne retire pas l'exemplaire revêtu de son acceptation, ne reste débiteur du montant de l'effet qu'envers le tiers porteur de son acceptation ; d'où il suit qu'il est libéré envers le tireur qui lui aurait fourni la provision, non pas précisément des obligations qui naissent de l'acceptation de la lettre de change, mais bien de l'obligation de lui restituer la provision comme s'il ne l'avait pas employée. Cette distinction résulte fort clairement des travaux préparatoires desquels est sorti cet article 148. Le projet de la commission portait d'une manière indéfinie que celui qui paye sur un duplicata sans retirer la lettre où se trouve son acceptation n'*opère pas sa libération*. Dans ses observations sur ce projet, la cour d'appel d'Orléans proposa de limiter l'effet de la disposition au porteur de la lettre acceptée. Elle disait : « Celui qui paye une lettre de change sur une seconde, troisième, sans retirer celle sur laquelle se trouve son acceptation, opère sa libération envers le tireur ; il demeure seulement garant des poursuites qui pourraient être dirigées contre celui-ci par un tiers porteur de la lettre acceptée, sauf le recours qu'il aurait lui-même à exercer contre celui qui aurait reçu le montant de la deuxième ou de la troisième (2).» C'est sur cette observation que dans la rédaction définitive, on a limité la portée de l'article 148, en disant que le payement,

(1) Mantelli, *Giurispr. del Codice di comm.*, t. I, p. 371.
(2) *Observ. des cours d'appel*, t. I, p. 230.

fait dans les circonstances auxquelles il se rapporte, n'opère pas la libération du tiré *à l'égard du tiers porteur de son acceptation.* L'obligation de garantie envers le tireur, que l'acceptation et la provision imposent au tiré, continue cependant de subsister ; mais le tiré est libéré de l'action directe que le le tireur prétendrait exercer contre lui, sous prétexte qu'en payant à un autre qu'au porteur de l'exemplaire accepté, il n'a pas fait de la provision l'emploi qu'il devait en faire. Et cela est juste, car d'une part, tant que l'exemplaire accepté n'est pas acquitté l'accepteur reste soumis à toutes les actions qui résultent du contrat de change, conséquemment à l'action en garantie du tireur qui lui avait fourni la provision, et contre lequel le porteur a conservé son action; et d'autre part, le tiré qui a déjà payé un autre exemplaire de la même lettre de change a réellement payé la lettre de change à laquelle la provision était destinée : dé telle sorte que si l'erreur qu'il a commise le rend responsable, vis-à-vis du tireur, des conséquences de cette erreur, et le force ainsi à le garantir vis-à-vis du porteur de l'acceptation, il demeure affranchi de toute action directe en répétition de la part du tireur envers lequel il n'est plus redevable des fonds destinés et employés au payement de la lettre de change.

2097. Le payement, avons-nous dit, doit être fait au cessionnaire de la créance : mais quand l'acte de cession est faux, le payement fait de bonne foi par le débiteur au cessionnaire frauduleux est-il libératoire ?

L'affirmative ne souffre aucun doute en matière d'effets négociables par voie d'ordre ou d'endossement, pourvu toutefois que le payement ait été fait à l'échéance et sans opposition. C'est ce qui résulte des articles 144 et 145 du code de commerce dont la disposition très-générale s'applique nonseulement au cas où le porteur prétendrait faussement être la personne dénommée dans le corps de l'effet ou dans l'endossement, *de quo constat mandatum*, mais encore au cas où l'endossement en vertu duquel le porteur se présente serait entaché de faux (1). Sur ce point l'ancien droit suivait

(1) Voy. *sup.*, n. 2091.

également des errements contraires, bien que la validité du payement eût été admise par plusieurs auteurs, notamment par Ansaldus (1).

2098. Mais il y a plus de difficulté en ce qui touche les créances dont la cession exige un acte séparé et distinct. A cet égard, je pense, avec MM. Aubry et Rau (2), que la question, qui se réduit à celle de savoir si le porteur d'un faux acte de cession peut être considéré comme propriétaire de la créance cédée, doit, à moins de circonstances particulières de nature à motiver une solution différente, être décidée négativement. Les créances ordinaires n'étant pas destinées à la circulation des effets négociables, il est plus facile de vérifier la sincérité d'un acte de cession soumis à des formalités qui servent de moyen de contrôle, que celle des endossements qui couvrent une lettre de change; et d'un autre côté, comme dans l'échéance d'une obligation ordinaire, il n'y a rien d'aussi rigoureux que dans l'échéance d'une obligation à ordre; comme l'acte de cession d'une obligation ordinaire doit être notifié au débiteur cédé, celui à qui on présente un acte de cession a le temps de la réflexion, et pourrait être facilement présumé dans son tort, si, avant de payer, il ne s'était pas renseigné auprès du cessionnaire pour s'assurer de la réalité et de la sincérité de la cession.

2099. Nous avons vu que lorsqu'une créance est au porteur (3), la cession s'en opère par la seule remise du titre. Le payement est donc régulièrement fait au possesseur d'un billet au porteur, parce que la possession d'une obligation de cette nature emporte présomption de propriété (4). Et il en serait ainsi alors même qu'il s'agirait, non pas précisément d'un billet au porteur, mais d'un mandat adressé à un correspondant avec prière de payer au porteur. Le payement fait de bonne foi au porteur du mandat serait libératoire, bien qu'en définitive, ce tiers ne fût pas propriétaire et n'eût qu'une possession frauduleuse. *Quando mandatum de solvendo liberè*

(1) *Disc.* 24, n. 17.
(2) D'après Zachariæ, t. II, p. 359, note 9.
(3) Voy. *sup.*, n. 2091.
(4) Paris, 7 mars 1851, S., 52, 2, 38.

fit, alio nomine non expresso, exhibitori seu portatori chirographi et quem in curia nuncupamus pagarò à chi portarà il presente, *et tunc nemo dubitat solventem portatori liberari* (1).

2100. Telles sont les règles relatives à la validité du payement fait au créancier véritable ou apparent. Remarquons, du reste, que le payement, bien que fait dans les conditions qui précèdent, n'est libératoire que si le créancier réel ou apparent est capable de recevoir. Ainsi, un mineur non émancipé, une femme mariée non autorisée par son mari, un failli, ne peuvent généralement recevoir un payement.

Néanmoins, le mineur émancipé, ayant l'administration de ses biens, peut recevoir seul et sans l'assistance de son curateur, les créances relatives à cette administration; et s'il est autorisé à faire le commerce, il peut recevoir toutes celles qui sont relatives à son commerce, pour lequel il est réputé majeur (2).

Il en est de même de la femme marchande publique qui peut donner seule quittance de toutes les sommes qui lui sont dues, par suite du commerce qu'elle est autorisée à faire (3).

Quant au failli, son incapacité n'étant pas absolue, mais seulement relative à l'intérêt de ses créanciers (4), il en résulte que le payement qui lui est fait est valable en ce qui le regarde, et libère son débiteur, en ce sens que celui-ci est à l'abri de toutes poursuites de la part du failli; mais il ne libère pas le débiteur vis-à-vis des créanciers du failli, qui peuvent toujours agir contre lui pour le contraindre à lui payer une seconde fois ce qu'il a indûment payé une première entre les mains du failli (5).

2101. Il faut observer au surplus, que si la chose payée avait tourné au profit du créancier incapable qui l'a reçue, le payement deviendrait valable (6), puisqu'il serait souverainement injuste qu'un mineur ou une femme mariée se fissent

(1) Ansaldus, *Disc.* 24, n. 15.
(2) C. civ., 487. Voy. *sup.*, t. II, n. 1048 et suiv., et *inf.*, n. 2113.
(3) Voy. *sup.*, t. II, n. 1118 et 1291, et *sup.*, n. 2114.
(4) Voy. *sup.*, t. II, n. 1191.
(5) Casaregis, *Disc.* 155, n. 30.
(6) C. civ., 1241.

payer une seconde fois ce dont ils auraient profité une première : la faculté donnée à un incapable de faire déclarer nul le payement qu'il a reçu est un moyen de l'empêcher de perdre, mais ne doit pas être un moyen de bénéfice.

Par la même raison, si les créanciers d'un failli avaient profité du payement irrégulièrement fait à leur débiteur, ils ne seraient pas recevables à en demander la nullité (1).

2102. Occupons-nous maintenant du payement fait à celui qui a pouvoir de recevoir pour le créancier, et d'abord du payement fait à celui qui tient ses pouvoirs du créancier; nous nous occuperons ensuite de celui qui tient ses pouvoirs, soit de la loi, soit de la justice (2).

Le mandat conventionnel par lequel le créancier donne pouvoir à un tiers de recevoir le payement qui lui est dû, peut être exprès ou tacite; il peut être donné en termes généraux pour toutes sortes d'affaires, *omnium gestorum*, ou être spécial pour le payement qu'il s'agit de recevoir.

Quand le pouvoir est exprès et spécial, il ne peut y avoir aucune difficulté sur la validité du payement fait au mandataire, qui est alors la représentation exacte du créancier, et qui incontestablement a, suivant l'expression des anciens auteurs, *legitimam personam ad recipiendum* (3). Il en est ainsi spécialement dans le cas où celui qui doit toucher pour le créancier est indiqué dans l'obligation même, et est d'un commun accord constitué mandataire à l'effet de recevoir le payement, *adjectus solutionis gratiâ* (4). C'est ce qui a lieu, par exemple, quand, pour la commodité du débiteur et du créancier séparés par de longues distances, il est convenu que le débiteur se libérera entre les mains d'un tiers désigné au contrat. Mais, dans ce cas, ce tiers étant en quelque sorte le mandataire du débiteur, aussi bien que celui du créancier, ne peut être révoqué par l'une des parties sans le consentement de l'autre, quoique d'ailleurs sa faillite mette fin à son mandat, comme

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1193.
(2) C. civ., 1239.
(3) Scaccia, § ?, gl. 5, n. 23.
(4) Voy. le traité de Straccha, *De adjecto*.

s'il s'agissait d'un mandat ordinaire et révocable à volonté (1).

2103. Quand, au contraire, le pouvoir est tacite ou général, on peut mettre en question, soit son existence, soit sa portée ; mais c'est alors une question de fait plus qu'une question de droit.

Une des manières les plus ordinaires de donner un mandat tacite à l'effet de toucher une somme due, c'est de remettre au mandataire les titres en vertu desquels la somme est due. Mais il faut, pour qu'il en soit ainsi, qu'il apparaisse, d'après les circonstances, que les titres et pièces ont été remis au mandataire dans le but de l'autoriser à recevoir ce qui est dû. Il en serait autrement si les circonstances concomitantes annonçaient que cette remise a eu un autre objet.

C'est ainsi que la seule remise des pièces à l'avoué ou à l'agréé chargé de former une demande en payement contre le débiteur n'emporte pas le pouvoir de toucher la somme due, soit avant, soit après le jugement, parce que, dès qu'il y a nécessité de former une demande en payement, la remise des pièces au mandataire *ad lites* ne peut, dans l'intention du créancier, s'appliquer à un mandat dont il y a pas lieu de faire usage (2).

2104. Mais il en est autrement de la remise du titre à l'huissier qui va de la part du créancier, soit pour faire un commandement ou une sommation de payer, soit, à défaut de payement, pour mettre le titre à exécution, s'il est exécutoire. Par cette remise, l'huissier est autorisé à toucher, parce qu'en se présentant au débiteur, il ne peut faire acte de son ministère qu'autant que le débiteur ne paye pas. Il a dès lors qualité pour recevoir le payement qui lui est offert (3).

Suivant M. Duranton, si le titre remis à l'huissier n'était pas en forme exécutoire, par exemple si c'était un billet à lui remis pour donner assignation au débiteur, le payement ne lui serait pas valablement fait tant qu'il n'aurait pas l'expédition en forme d'un jugement de condamnation (4). Je ne saurais approuver cette restriction. Dans un cas comme dans

(1) Toullier, t. VII, n. 24.
(2) Pothier, n. 477.
(3) *Ibid.*
(4) T. XII, n. 50.

l'autre, l'huissier se présente en qualité de mandataire pour faire, si le débiteur ne paye pas, telles poursuites que de droit; et pour preuve de son mandat, il représente le titre. Que ce titre soit exécutoire ou qu'il ne le soit pas, peu importe, puisqu'en vertu de ce titre l'huissier peut toujours se livrer à des actes de son ministère qui ne deviennent nécessaires que s'il n'est pas payé. Aussi n'a-t-on jamais élevé de doutes sur la qualité de l'huissier porteur d'un effet de commerce, qui se présente pour le protester en cas de non-payement (1).

Toutefois, il faut remarquer que l'huissier chargé de poursuivre un débiteur, n'a pouvoir de recevoir le payement de la dette que dans le temps où il instrumente. Ainsi, il a été jugé que le payement est nul à l'égard du créancier, quand il a été fait à l'huissier à une époque où les poursuites étaient suspendues par une opposition, et lorsque d'ailleurs le créancier avait constitué avoué avec élection de domicile chez cet avoué (2).

2105. La remise d'une facture acquittée, et même, selon les circonstances, non acquittée, à un commis que le vendeur envoie pour en toucher le montant, donne pouvoir à ce commis de recevoir le payement. Un usage constamment suivi, surtout dans la pratique du commerce de détail, ne permet d'élever aucun doute à ce sujet. *Solutio facta famulo, vel juveni creditoris qui erat solitus mitti à creditore ad exigendum, valet*, dit Casaregis, *præcipuè stante consuetudine solutionem faciendi juvenibus mercatorum* (3).

2106. Le mandat tacite de recevoir peut être encore la conséquence du mandat de faire un contrat qui constitue le mandant créancier de celui avec qui le mandataire a contracté. La question de savoir si d'un mandat de contracter résulte le pouvoir de toucher ce qui sera dû en vertu du contrat, doit alors recevoir des solutions diverses, selon les hypothèses dans lesquelles elle se présente.

Ainsi, on s'est demandé si le pouvoir de louer ou de vendre, emporte pouvoir de toucher le prix de la location ou de la

(1) Denizart, v° *Payement*. Cass., 3 déc. 1838, S., 39, 1, 339.
(2) Colmar, 25 janv, 1820, S., 6, 2, 194; D., 9, 13.
(3) *Disc.* 39, n. 4 et suiv.

vente. La question est fort contreversée entre les auteurs qui ont écrit sur le droit civil pur. Barthole et Fachin (1) se sont prononcés pour l'affirmative. Wissembach (2) avait au contraire embrassé la négative, et son opinion a été suivie par Pothier, qui la considère comme plus plausible, et qui se fonde principalement, pour décider ainsi, sur la loi 1, § 12, ff. *de exercit. act.*, où il est dit que celui qui n'est préposé sur un vaisseau que pour faire avec les passagers le marché de leur passage, n'a pas pouvoir d'en recevoir le prix (3). Mais en supposant que cette opinion dût prévaloir dans les matières civiles, il en serait autrement dans les matières commerciales. En effet, Pothier reconnaît lui-même qu'il peut se rencontrer des circonstances, dans lesquelles celui qui a pouvoir de vendre est présumé avoir le pouvoir de recevoir le prix. « Par exemple, dit-il, s'il y avait dans une ville certains revendeurs publics qui fussent dans l'usage de porter dans les maisons les choses qu'on veut vendre et d'en recevoir le prix des acheteurs: en remettant à une de ces personnes une chose pour la porter vendre, je suis censé lui avoir aussi donné pouvoir d'en recevoir le prix (4). »

Or, les circonstances dont parle Pothier se rencontrent habituellement dans le commerce, où la promptitude des affaires est une nécessité, et où il est permis dès lors de présumer que celui qui a le pouvoir d'entamer une affaire et de la conclure, a en même temps le pouvoir d'en réaliser les résultats, lorsqu'ils sont immédiats et que le payement doit suivre de près la vente ou la location.

2107. C'est pourquoi le commis qui, dans une maison de commerce, est chargé de vendre, a pouvoir de toucher le prix des choses qu'il vend, à moins de circonstances particulières, qui indiquent qu'il n'est préposé que pour la vente, et qu'un autre est préposé pour la recette : *Institori etiam tacitè præposito liberatur,* dit Ansaldus (5).

(1) II, contr. 94.
(2) Sur le Digeste, *De solut.*, n. 14.
(3) *Des oblig.*, n. 477.
(4) *Ibid.*
(5) *Disc.* 25, n. 26. — ... *Famulo aut aliæ personæ. Disc.* 24, n. 18. — Voy. *sup.*, n. 2105.

2108. Il en est de même de celui qui est préposé à la location des places dans une entreprise de transport par terre ou par eau : tant que rien ne vient démontrer le contraire, il est présumé avoir mandat non-seulement pour louer, mais encore pour toucher le prix de location. On doit prendre ici le contrepied de la loi romaine citée par Pothier, et qui était très-probablement fondée sur des habitudes qui ne sont plus les nôtres.

2109. Le pouvoir de vendre emporte même nécessairement le pouvoir de toucher le prix, dans les ventes commerciales faites par l'entreprise d'un commissionnaire. La raison en est que le commissionnaire, agissant en son propre nom pour le compte de son commettant, est, à l'égard de l'acheteur, le véritable vendeur, et le seul par conséquent à qui l'acheteur puisse payer le prix. C'est ce qui fait dire à Casaregis qu'on paye valablement à celui avec qui on a contracté, bien que le contrat ait été fait dans l'intérêt d'un tiers : *Restitutio sive solutio fieri debet ei a quo accepta fuit pecunia vel res, aut cum quo fuit initus contractus, licet pecunia ad alterum spectet* (1). — *Solvens ei cum quo contraxit rectè solvit et liberatur*, dit encore Ansaldus (2).

2110. Mais il en est autrement dans les ventes qui se font par l'entremise d'un courtier. Un courtier n'est qu'un intermédiaire entre le vendeur et l'acheteur : son office cesse dès que les deux parties ont été mises en rapport, et que le marché est conclu. Le mandat qui lui est donné de vendre n'emporte donc pas le pouvoir de toucher le prix de vente. Cependant il n'y a rien d'incompatible entre ses fonctions et le pouvoir spécial qui lui serait donné de toucher le prix dû au vendeur; il ne serait même pas nécessaire que ce pouvoir fût exprès : il suffirait qu'il résultât des circonstances. C'est ainsi qu'il a été jugé que le courtier chargé de vendre ou de négocier des effets de commerce, avait été suffisamment autorisé par le vendeur à en recevoir le prix, par cela seul que celui-ci

(1) *Disc.* 30, n. 52.

(2) *Disc.* 25, n. 41 et suiv.; *Disc.* 27, n. 1 et suiv.; *Disc.* 44, n. 5 et suiv.

les lui avait confiés, pour les remettre à l'acheteur revêtus d'un endossement au profit de ce dernier *valeur reçue comptant*. Cette mention équivalant à une quittance du montant de la négociation, il est manifeste que le courtier ne pouvait se dessaisir des effets entre les mains de l'acheteur sans en recevoir en même temps la valeur (1).

2111. On trouve encore un exemple du cas où le pouvoir de toucher ce qui est dû en vertu du contrat peut être la conséquence du pouvoir de contracter, dans le traité fait par un maître ouvrier avec un entrepreneur d'ouvrage, tant pour lui que pour d'autres ouvriers ou compagnons. Suivant Ansaldus, l'entrepreneur est libéré du prix des journées dues aux autres ouvriers par le payement qu'il en fait à celui avec qui il a traité : *Solvens fabro murario vel lignario cum quo quis contraxit pro constructione ædificii, liberatur, etiam respectu operariorum, licet faber postea decoxerit vel aufugerit* (2). Mais cette opinion est beaucoup trop absolue, et, à moins de circonstances particulières caractéristiques du mandat de toucher le prix des journées dont le maître ouvrier avait le pouvoir de déterminer le taux, je ne pense pas qu'il ait de plein droit qualité pour recevoir le montant de ce qui est dû aux ouvriers placés sous ses ordres.

2112. Je passe aux cas où le pouvoir de recevoir ce qui est dû, est donné par la loi ou par justice.

Le tuteur est le mandataire légal du mineur; le mari est le mandataire légal de la femme.

Le tuteur, ayant l'administration de tous les biens du mineur non émancipé, a qualité pour recevoir toutes les sommes dues à son pupille, et pour en donner quittance (3).

2113. Quant au curateur d'un mineur émancipé, il ne peut jamais recevoir ni donner quittance pour le mineur, d'une part, parce que le mineur émancipé a l'administration de ses biens (4); d'autre part, parce que, dans les choses qui excè-

(1) Bruxelles, 29 janvier 1811, S., 3, 2, 404 ; D., 4, 531.
(2) *Disc.*, 44, n. 23.
(3) C. civ., 450.
(4) *Ibid.*, 481.

dent l'administration, le curateur doit seulement assister le mineur, et ne le représente jamais (1).

A plus forte raison si le mineur émancipé était autorisé à faire le commerce, son curateur ne pourrait-il pas recevoir les payements dus au mineur à l'occasion de son commerce, puisque le mineur émancipé qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits qui y sont relatifs (2).

2114. Le mari, étant le mandataire de sa femme pour tous ceux des biens de celle-ci dont il a l'administration, peut recevoir tout ce qui se rapporte à ces biens et en donner quittance (3). Quant aux biens dont la femme a l'administration, le mari ne peut intervenir aux quittances que donne la femme, que pour prêter l'autorisation qui lui est nécessaire.

Il suit de là que la femme marchande publique n'ayant pas besoin de l'autorisation de son mari pour faire les actes relatifs à son commerce (4), et que le mari n'ayant en aucun cas l'administration du commerce de sa femme (5), le mari d'une femme marchande publique ne peut ni recevoir pour elle, s'il n'y est pas autorisé par un mandat particulier, ni intervenir aux payements qui lui sont faits.

2115. Quand un mandat donné par justice, on en trouve un exemple remarquable, en matière de faillite, dans celui qui est donné aux syndics (6); seuls, après la faillite, ils ont qualité pour toucher les sommes dues au failli qu'ils représentent en même temps que la masse des créanciers. *Si quis debitor solvat alteri quam suo creditori auctoritate judicis, plenissimam consequitur liberationem* (7).

2116. Ici se place tout naturellement une remarque commune à tous les payements faits à des mandataires supposés : c'est que le payement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir

(1) C. civ., 482.
(2) *Ibid.*, 497. — Voy. *sup.*, t. II, n. 1048 et suiv.
(3) *Ibid.*, 1428, 1531, 1549.
(4) Voy. *sup.*, t. II, n. 1118.
(5) Voy. *ibid.*, n, 1291.
(6) C. com., 462 et suiv. ; 468 et suiv. — Voy. *sup.*, t. II, n. 1246.
(7) Rote de Gênes, décis. 33, n. 6.

de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci le ratifie ou s'il en a profité (1).

2117. 3° *De la chose donnée en payement.* — S'il s'agit d'une obligation de faire, il est de toute évidence que le débiteur ne peut se libérer en faisant une chose autre que celle qu'il a promis de faire. Il n'y a pas d'équivalents possibles, et tout ici est de rigueur.

2118. S'il s'agit d'une obligation de donner, il faut distinguer entre l'obligation de donner proprement dite, et le cas où l'obligation de donner consiste dans le payement d'une certaine somme.

Dans les obligations de donner proprement dites, de même que dans les obligations de faire, le débiteur ne peut se libérer qu'en donnant la chose due. Mais ses devoirs sont plus étroits, selon que la dette est d'un corps certain et déterminé, ou d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce.

2119. Si la dette est d'un corps certain et déterminé, le débiteur ne peut se libérer que par la remise de la chose même qui a fait l'objet spécial de l'obligation. Ici s'applique dans toute sa rigueur l'article 1243 du code civil, aux termes duquel le créancier ne peut être contraint de recevoir une chose autre que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande. Mais comme dans ce cas la propriété de la chose a été transférée au créancier par l'effet de la convention, et que cette translation de propriété a mis la chose à ses risques (2), il en résulte que s'il est survenu des détériorations à la chose due, le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de cette chose dans l'état où elle se trouve au moment de la livraison, pourvu que les détériorations ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations une mise en demeure n'eût pas fait passer les risques à sa charge (3).

(1) C. civ., 1239. — Voy. *sup.*, n. 2101.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1589 et 1593.
(3) C. civ., 1245. — Voy. *sup.*, t. III, n. 1632 et suiv., et *inf.*, sect. VI.

2120. Si au contraire la dette est d'une chose qui est déterminée par son espèce seulement, le débiteur n'est pas tenu, pour se libérer, de la donner de la meilleure espèce, mais il ne peut l'offrir de la plus mauvaise (1). A moins de stipulation particulière, la chose offerte doit être d'espèce ou de quantité moyenne, mais toujours loyale et marchande.

2121. Quand l'obligation de donner se résout en l'obligation de payer une somme d'argent, il y a des règles particulières.

Le payement d'une dette qui consiste en une somme d'argent, doit être fait en espèces métalliques d'or ou d'argent, ayant cours au moment où le payement est effectué, et d'après leur valeur nominale au jour du payement. Ces conditions de la validité du payement, qui résultent soit de principes que la loi n'a eu qu'à formuler, soit de dispositions législatives qui n'ont pas toujours tenu compte des principes, ont trait d'abord à la nature intrinsèque et spécifique de la chose avec laquelle le payement est effectué, ensuite à la valeur de cette chose. Nous nous occuperons en premier lieu des conditions relatives à la nature de la chose due, et en second lieu de celles qui sont relatives à la valeur de cette chose.

2122. Considérée en elle-même, la monnaie métallique n'est autre chose que du métal précieux dont l'autorité publique garantit le poids et le titre. Considérée sous le rapport de son utilité ou de son usage, la monnaie métallique est une marchandise qui sert d'instrument dans les échanges, et qu'on échange de préférence contre toute autre marchandise, parce qu'elle convient indubitablement à tous ceux qui ont d'autres marchandises ou d'autres produits à échanger. La dette d'une somme d'argent est donc spécifiquement de la somme numérique portée au contrat, en espèces métalliques, et non pas d'une valeur égale, en toute autre marchandise, même en lingots, parce que la même valeur en lingots ne présenterait pas la même utilité que la même valeur en numéraire. Il est évident, en effet, qu'avec de la monnaie on est assuré de se procurer les choses dont on a besoin, par un

(1) C. civ., 1246.

seul échange, c'est-à-dire en échangeant la monnaie contre ces choses, tandis qu'avec des lingots, comme avec toute autre marchandise, il faut deux échanges pour se procurer les choses dont on a besoin, c'est-à-dire qu'il faut d'abord échanger la marchandise contre de la monnaie, puis ensuite échanger la monnaie contre la chose qu'on veut se procurer.

2123. Par la même raison, il faut de plus que la monnaie employée au payement ait un cours légal, c'est-à-dire que l'autorité publique en garantisse le titre et le poids, parce que toute monnaie qui ne porterait pas avec elle cette garantie, et qui aurait besoin d'être vérifiée au moment de chaque échange, ne serait plus que du lingot, et n'offrirait aucun des avantages attachés à la confiance qui suit la monnaie et qui en facilite la rapide circulation (1).

2124. Il suit de là, que le débiteur d'une somme d'argent ne peut s'acquitter avec des signes qui, dans le commerce, sont représentatifs de la monnaie, tels que lettres de change ou billets à ordre, même actuellement exigibles (2). Il ne pourrait même pas contraindre le créancier à recevoir des billets de banque créés pour la commodité du commerce et la facilité des payements, à moins que la loi ne leur donne un cours forcé (3).

Il ne serait même pas permis, quand une loi, dans un intérêt d'ordre public, donne aux billets de banque un cours forcé, de stipuler qu'un paiement sera fait en espèces d'or ou d'argent, et ne pourra être fait en billets de banque (4).

2125. De ce que tout payement doit être fait en espèces métalliques ayant cours, il suit qu'un payement, à moins de stipulation contraire, ne peut être fait en monnaies étrangères. L'autorité publique qui donne un cours forcé aux espèces monnayées, n'a d'empire que dans les limites du territoire qui lui est soumis, et ne peut conséquemment, en

(1) C. pénal, art 475, 11°.

(2) M. Toullier, t. VII, n. 53.

(3) Avis du conseil d'État des 12-30 frim. an XVI. — Un décret du 15 mars 1848 avait donné un cours forcé aux billets de banque; une loi du 6 août 1850, y a mis fin, mais il a été rétabli par une loi du 12 août 1870.

(4) Cas., 11 fév. 1873, S., 73, 1, 97; D., 73, 1, 177.

dehors de ces limites, commander une confiance que les parties ne seraient pas disposées à accorder (1). Il ne suffirait même pas, en général du moins, pour qu'un payement fût stipulé en monnaies étrangères, d'exprimer la somme due en monnaies d'un pays autre que celui dans lequel le payement devrait être fait : on ne devrait voir dans cette expression qu'une manière d'énoncer la somme due. Ainsi, dans l'hypothèse d'une lettre de change de 500 florins de Hollande payable en France, il faudrait réduire les florins en francs, et payer les francs en monnaies de France.

2126. De même, quand une somme due est exprimée en monnaie de compte, c'est-à-dire en monnaie imaginaire, et qui n'a aucune existence réelle, mais qui représente une quantité convenue de numéraire métallique, le débiteur n'est pas dispensé de payer en monnaie métallique ayant cours dans le lieu du payement : la monnaie de compte doit se réduire en monnaie réelle, et c'est en cette monnaie que le payement s'effectue, tout comme si la somme due avait été exprimée en cette même monnaie.

2127. Du reste, et sauf conventions contraires, le débiteur peut se libérer en toute monnaie ayant cours, d'or ou d'argent. Quant aux monnaies de cuivre ou de billon, elles ne peuvent être employées dans les payements que pour l'appoint de la pièce de cinq francs, c'est-à-dire jusqu'à concurrence seulement de 4 fr. 95. Telle est la disposition expresse du décret du 18 août 1810 qui n'a fait que suivre à cet égard les errements de l'ancienne législation, sous l'empire de laquelle on décidait cependant, par application des arrêts du conseil des 1er août 1736 et 22 août 1771, que la monnaie de billon ou de cuivre devait être reçue dans les payements pour un quarantième, outre l'appoint (2).

(1) Une convention monétaire intervenue le 23 déc. 1865 entre la France, la Belgique, la Suisse et l'Italie, promulguée par décret du 20 juillet 1866, et à laquelle la Grèce a accédé par déclaration du 26 septembre 1868, acceptée le 18 novembre et promulguée par décret du 4 décembre suivant, a établi entre les divers États contractants une union monétaire destinée à faciliter le cours dans chaque État des monnaies étrangères.

(2) Cass., 28 mai 1810, S., 3, 1, 188 ; M. Merlin. *Quest.*, v° *Payement,* § 3.

2128. Mais la petite monnaie d'argent, les pièces de cinquante centimes, de un franc et de deux francs, peuvent-elles entrer dans les payements sans aucune limitation de quotité, ou ne doivent-elles y être admises que comme la monnaie de billon, pour appoint de la pièce de cinq francs?

Un arrêt du conseil du 22 août 1771 voulait que les pièces de six sous, douze sous, et vingt-quatre sous, ne pussent entrer dans les payements de six cents livres et au-dessus, que pour un quarantième; et un arrêt postérieur, du 11 décembre 1774, se fondant sur ce que ces pièces sont uniquement destinées aux appoints et aux payements des denrées de peu de valeur, ordonna qu'elles ne pourraient plus entrer dans les payements autrement que pour appoint et en espèces découvertes. Aucune loi nouvelle n'étant d'abord intervenue sur cette question, on s'était demandé s'il fallait s'en tenir à l'arrêt du conseil du 11 décembre 1774, ou s'il n'y avait aucune limite légale à l'emploi de la petite monnaie d'argent dans les payements. La question est longtemps restée douteuse. Mais elle a été tranchée par une loi du 14 juillet 1866 qui, en abaissant le titre de cette monnaie, dispose qu'elle n'aura cours légal entre les particuliers que comme monnaie d'appoint et seulement jusqu'à concurrence de cinquante francs pour chaque payement. Elle est d'ailleurs reçue dans les caisses publiques sans limitation de quantité.

2129. Nous l'avons déjà dit : le débiteur peut s'acquitter en monnaie d'or ou argent. Cependant, quand la monnaie d'or a une valeur commerciale supérieure à celle de la monnaie d'argent, les payements se font en argent, parce que le débiteur qui a le choix entre l'une et l'autre monnaie, préfère naturellement s'acquitter avec celle qui lui coûte le moins. Ce droit d'option, qui appartient au débiteur, ne cesse que lorsqu'une stipulation particulière lui impose l'obligation de se libérer avec une monnaie déterminée. *Quando genus pecuniæ exprimitur, tunc nec etiam in diverso genere fieri potest solutio* (1). « La lettre de change doit être payée dans la monnaie qu'elle

(1) De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 7. n. 4; l. 99, ff. *De solut.*

indique, » dit l'article 143 du code commerce; et ce que cet article dit des lettres de change peut se dire de toutes les obligations.

2130. Mais, pour qu'il y ait obligation de payer plutôt avec une monnaie qu'avec une autre, il faut une stipulation expresse. On ne pourrait faire résulter cette obligation des circonstances dans lesquelles les parties ont contracté. Ainsi, en matière de prêt, il ne suffirait pas que l'emprunteur eût reçu des espèces d'or pour être tenu de rendre des espèces d'or : il serait libéré en rendant en espèces d'argent la somme numérique qu'il aurait reçue en espèces d'or, parce qu'on doit présumer que le prêteur qui n'a pas exprimé d'une manière formelle qu'il entendait que le remboursement du prêt lui fût fait dans les mêmes espèces que celles qu'il a prêtées, a consenti à recevoir la même valeur en espèces différentes, *tantumdem non idem* (1).

Il ne suffirait même pas, pour être tenu de s'acquitter en or, d'exprimer la somme sous une dénomination qui n'appartient qu'à des espèces d'or. Ainsi, celui qui reconnaît devoir *cent louis, vingt-cinq napoléons*, peut se libérer en espèces d'argent. Il faut, pour qu'il doive payer en espèces d'or, que son obligation soit conçue dans des termes qui emportent renonciation à une faculté de droit commun, c'est-à-dire qu'elle exprime qu'il payera en or, la somme énoncée en or, *auri in auro*, comme disent les anciens docteurs (2).

2131. Mais quand une stipulation expresse a déterminé en quelles espèces le payement devait être fait, le contrat devient la loi des parties, et il n'est pas permis aux juges d'y rechercher, par la voie d'interprétation, une intention contraire à celle qu'expriment les termes de la convention : *Observatio interpretativa in materia monetarum, non attenditur, quando conventio solvendi est clara et litteralis* (3).

Le débiteur ne pourrait même se dispenser de payer en la

(1) Toullier, t. VII, n. 53.

(2) *Verba auri in auro significant substantiam, seu ut dicunt, pretium auri effectivi.* Ansaldus, *Disc.* 89, n. 4.

(3) Ansaldus, *Disc.* 88, n. 4. — Voy. aussi Scaccia, § 2, gl. 3, n. 112.

monnaie stipulée, sous prétexte de sa rareté. Il doit, suivant Scaccia, s'en procurer à tel prix que ce soit : *Debitor debet speciem pecuniæ quam debet, emere omni pretio* (1). La loi seule aurait la force de modifier son obligation, par exemple si les espèces d'or avec lesquelles il a promis de payer venaient à être démonétisées. Ainsi, celui qui, lorsqu'il y avait encore des louis d'or de 24 et de 48 fr., avait promis de payer en cette monnaie, exclusivement à toute autre, a pu s'acquitter en espèces d'argent, depuis que les pièces de 24 et de 48 fr. ont été démonétisées. Au contraire, celui qui, en recevant des pièces de 24 et de 48 fr., aurait simplement promis de payer en or, serait tenu, après la démonétisation de ces espèces, de s'acquitter en pièces de 20 et de 40 fr. Raphaël de Turri, dans son traité *De cambiis*, cite une loi de la république de Gênes, qui, pour l'année 1640, et sans doute attendu la rareté des espèces d'or, avait autorisé les débiteurs à payer en argent les dettes qu'ils avaient contractées en or (2). Quand une pareille loi intervient dans l'exécution des conventions particulières, il faut bien lui obéir; mais son intervention n'en est pas moins fâcheuse, en ce qu'elle vient modifier des conventions dans lesquelles les droits réciproques des parties avaient sans doute été déterminés en connaissance de cause.

En résumé, une obligation de somme doit être acquittée en espèces métalliques ayant cours, d'or et d'argent, et le débiteur a le choix entre l'or et l'argent, quand cette option ne lui a pas été retirée par la convention.

2132. Mais nous avons vu de plus que dans les payements, les espèces métalliques doivent être prises pour leur valeur nominale au jour du payement.

Nulle difficulté à cet égard quand la valeur nominale n'a pas varié entre le jour du contrat et le jour du payement. De quelque manière que la loi ait déterminé cette valeur, que cette détermi-

(1) *Ubi sup.*

(2) *Debitor qui solvere tenetur aut vult, nullo alio modo, via aut re satisfacere potest nisi repræsentatione reali et actuali pecuniæ conventæ, et quidem ejusdem generis, nisi lex illius loci aliter in specie indulgeat, ut Genuæ, ubi scuti aurei poterant et possunt, modo anno* 1640, *solvi scutis argenteis* (De Turri, *De camb.*, disp. 1, quæst. 1, n. 16).

nation soit exacte ou inexacte, les parties qui ont stipulé en présence de cette valeur ne peuvent, au jour du payement, prétendre la déterminer autrement et rechercher la valeur réelle des espèces ; c'est une valeur de convention qui a servi de règle quand il s'est agi de déterminer la somme due, c'est la même valeur de convention qui doit servir de règle quand il s'agit de la payer. Ici le principe de droit public qui investit le souverain du pouvoir exclusif de battre monnaie, c'est-à-dire de certifier le titre et le poids des espèces, et par conséquent d'en indiquer la valeur légale, est d'accord avec l'équité et avec le principe qui fait du contrat la loi des contractants. Il est bien vrai que la valeur relative de la monnaie peut varier commercialement comme celle de toutes les autres marchandises selon qu'elle est plus commune ou plus rare, c'est-à-dire suivant la loi économique du rapport entre l'offre et la demande, ce qui fait que lorsqu'on stipule une somme à payer à une époque un peu éloignée, on ne sait pas exactement quelle valeur on aura à payer. Mais comme il serait fort difficile de déterminer cette valeur relative, et que d'ailleurs l'augmentation ou la diminution de la valeur commerciale de la monnaie est un effet naturel du mouvement des affaires qui fait courir aux deux parties des chances égales de gain ou de perte, il n'y a aucune raison d'introduire dans les contrats une difficulté d'exécution qui ne répondrait à aucune nécessité juridique ou économique.

2133. Quand, au contraire, la valeur nominale ou légale des espèces monnayées a varié par le fait de la loi, entre le jour du contrat et celui du payement, il en est tout autrement.

Aux termes de l'article 1895 du code civil, l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat : s'il y a augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement. Bien que cet article se trouve au titre du *prêt*, les auteurs sont d'accord pour reconnaître que sa disposition est générale, et s'applique à toutes les obligations qui ont

pour objet le payement d'une certaine somme convenue au jour du contrat, par exemple, à l'obligation de payer un prix de vente ou de louage, parce qu'il y a identité parfaite entre ces divers cas (1). L'esprit de cet article 1895 me paraît être en effet beaucoup plus général que ses termes. Mais, tout en reconnaissant qu'on doit toujours s'y soumettre, je ne puis m'empêcher, économiste et jurisconsulte, de renouveler la protestation des économistes contre le système qu'il consacre, protestation que les jurisconsultes n'ont pas assez entendue.

La monnaie métallique n'est autre chose que du métal dont au moyen de certains signes, et à l'aide d'une dénomination officielle, l'autorité publique certifie le titre et le poids. C'est ainsi que l'unité monétaire en France est le *franc*, qui est composé de cinq grammes d'argent au titre de neuf dixièmes de fin (2). Il suit de là, que celui qui se constitue débiteur d'une certaine quantité de francs se constitue en réalité débiteur, non d'une chose abstraite et dont la valeur consiste dans sa dénomination, mais d'un certain poids d'argent ou d'or à un certain titre. Cela est si vrai, que, quelle que soit la cause de l'obligation, le chiffre de la somme due a été déterminé, non à raison de la dénomination officielle des espèces, mais à raison de la valeur intrinsèque de la monnaie indiquée par cette dénomination, et d'après le rapport qui existe entre cette valeur et l'objet du contrat. Bien évidemment si le franc, au lieu d'être de cinq grammes, était de dix, celui qui a promis deux cents francs n'en eût promis que cent, et s'il n'était que de deux grammes cinq décigrammes, celui qui a stipulé cent francs en eût stipulé deux cents ; et bien évidemment encore, les bases de la convention eussent été pareillement modifiées, si le franc de cinq grammes ne se fût composé que de cinq dixièmes de fin, parce que le prix nominal des choses se détermine par comparaison avec la va-

(1) Duranton, t. XII, n. 91.

(2) Loi du 7 germ. an XI. — L'article 9 de la loi du 14 juillet 1866, qui a abaissé à 835 millièmes le titre des pièces de 2 francs, de 1 franc, de 50 centimes et de 20 centimes, porte qu'il n'est pas dérogé aux dispositions de la loi du 7 germinal an XI, en ce qui concerne la définition du franc considéré comme base du système monétaire de France.

leur intrinsèque des monnaies; et que ce qui s'obtient avec un franc d'après son poids et son titre actuels, ne coûterait qu'un demi-franc, si le franc au même titre pesait le double, coûterait deux francs, si le franc au même titre ne pesait que la moitié. Ce sont là des vérités élémentaires.

Puisqu'il est en ainsi, puisque l'obligation d'une certaine quantité de francs est l'obligation d'un certain poids d'argent à un certain titre déterminé par la dénomination officielle et légale de la monnaie au jour de l'obligation, il faut nécessairement en conclure que si, avant l'époque du payement, la même dénomination officielle et légale vient à être attribuée à des espèces d'un autre poids ou d'un autre titre, le débiteur ne pourra se libérer que par le payement réel et effectif d'une quantité de métal du poids et du titre stipulés, qu'il ne lui suffira pas d'offrir les nouvelles espèces portant la même dénomination, mais n'ayant ni le même poids, ni le même titre, et qu'il ne sera pas tenu de fournir le même nombre d'espèces, si le poids en a été augmenté.

Cependant la règle contraire a été consacrée par l'article 1895 du code civil, article qui, en disposant que s'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement, d'après leur dénomination officielle, et sans s'occuper des variations en plus ou en moins qu'aurait subies leur valeur intrinsèque, suppose que les mots valent autant que les choses, ou que les choses ne valent pas plus que les mots.

L'erreur, au surplus, date de loin, et l'article 1895 n'a rien inventé. Le droit romain, lui aussi, voulait qu'on se payât avec des mots et avec des chiffres, aussi bien qu'avec des choses. *In pecunia non cogitat quis corpora, sed quantitatem*, disait Papinien (1): et quoique le jurisconsulte Paul ait parfaitement compris l'office de la monnaie, qui est de servir d'intermédiaire dans les échanges et de dénominateur commun de

(1) Loi 94, § 1, ff. *De solut.*

la valeur des choses, il n'en commet pas moins l'erreur que cette intelligence eût dû lui faire éviter, de placer l'utilité de la monnaie, non dans sa valeur intrinsèque, mais dans sa valeur numérique (1).

La route ouverte par les jurisconsultes romains a été suivie par plusieurs de leurs interprètes, notamment par Doneau (2), par Dumoulin (3), et plus récemment par Pothier (4), qui, faisant consister la valeur de la monnaie dans la somme numérique qu'elle exprime, en conclut que celui qui paye cette valeur numérique satisfait à son obligation, quoique le prince ait apporté du changement dans les signes qui la représentent, et quoique la monnaie qui a cours au temps du payement soit d'un moindre aloi ou d'un moindre poids, ou qu'étant survenue une augmentation sur les espèces, il en faille, pour parfaire cette valeur, un moindre nombre qu'au jour de l'obligation.

Je regrette d'être obligé de reconnaître que cette manière de voir a été partagée par des auteurs auxquels la pratique commerciale, qui leur était familière, eût dû inspirer d'autres sentiments, et révéler la nécessité d'un système plus juste et

(1) Loi 1, *in pr.*, *De contrah. empt.* — Voici cette loi de Paul : *Origo emendi vendendique a permutationibus cœpit. Olim enim non ita erat nummus ; neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis subveniret ; eaque materia forma publica percussa, usum dominiumque, non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vacatur.* — Cette loi est aussi curieuse par l'exactitude de l'analyse que renferme sa première partie, que par l'erreur qui en ternit la seconde.

(2) *Pecuniæ numeratæ vis omnis et bonitas, substantia adeo ipsa, est in æstimatione quæ cuique nummo certa nota percusso, publice est indita ; nec quidquam est nummus, nisi id quod publice valet ex quo ætsimatur. Consistit enim non natura, sed hominum instituto et æstimatione* (Sur la loi 3, ff. *De reb. cred.*, n. 9).

(3) *Des contrats, usure, rentes*, etc., n. 286 et 287 du traité français ; et n. 701 du traité latin.

(4) *Du prêt de consommation*, n. 36.

plus favorable au crédit. Scaccia (1) et Casaregis (2) se prononcent pour l'opinion qui met du côté du créancier la perte ou le gain qui résulte de l'augmentation ou de la diminution des espèces *tam lucrum quam dammum pertinet ad creditorem*, tandis que ni le créancier ni le débiteur ne devraient être exposés à d'autre perte ou à d'autre gain qu'à celui qui résulte du cours naturel des choses, du mouvement des affaires et des prévisions du contrat.

Toutefois, disons-le à l'honneur de la science du droit, elle ne conduit pas fatalement à des résultats aussi contraires à l'équité qu'aux plus simples notions de la valeur des choses; et l'opinion de Doneau et de Dumoulin a été combattue par d'autres jurisconsultes dont le nom n'a pas moins d'autorité, et parmi lesquels figurent au premier rang Vinnius (3) et Cujas (4). Cujas s'exprime à cet égard de la manière le plus précise et la plus juridique en même temps. La valeur numérique ne suffit pas, dit-il, pour la validité du payement; il faut de plus la valeur intrinsèque : c'est même à la valeur intrinsèque qu'il faut s'attacher : *Non satis est in facienda solutione, si conveniat numerus : convenire etiam debet qualitas, et quidem prius qualitas spectatur an conveniat quam numerus, ut in comœdia Terentii lectum est* argentum, convenit numerus : *prius qualitatem observat quam numerus.* Et citant avec cette abondance et cet à-propos d'érudition qui ne l'abandonne jamais, ces paroles de Cicéron : *Noscenda est natura auri, non facultas in auro* (5) (attachez-vous à connaître la nature de l'or, et non la puissance qui lui est reconnue) — il en conclut que, nonobstant l'augmentation des espèces, le débiteur ne doit pas moins rendre qu'il n'a reçu, et que, malgré leur diminution, il ne doit pas rendre plus : *Non mirum etiam si aucta sit aureorum potestas sive facultas, si totidem creditor oporteat aureos reddi quot dedit, dissolvendi debiti gratia; cum e contrario, si diminuta sit aureo-*

(1) *De com. et camb.*, § 2, gl. 5, n. 148.

(2) *Disc.* 60, n. 26. — *Che il danno e comodo dell' aumento, o deterioramento della moneta spetti al creditore.*

(3) Sur les *Institutes*, liv. III, tit. XIV, n. 12.

(4) Sur la loi 2, § 1, ff. *De reb. cred.*

(5) Lettre 12, à Atticus.

rum potestas, nihilominus debitor liberetur totidem nummos reddendo ejusdem formæ et qualitatis. Et il confirme cette solution par un exemple qui prouve que, devançant son siècle, il avait compris que la monnaie métallique n'est autre chose qu'une marchandise.... *Quod in vino etiam mutuo dato servatur, ut quæ mediatio data est eadem reddatur omnino, sive auctum, sive diminutum sit vini pretium.* Cujas revient ailleurs sur la même question (1) ; et l'examinant au point de vue du droit moderne, *at quod fiet hac ætate qua tot mutationes in pretio nummorum experimur*, il veut que celui qui a prêté des espèces d'or reçoive la même valeur en espèces d'or, sans qu'on puisse tenir compte de l'augmentation dans les espèces qui permettrait au débiteur de payer moins, ou de la diminution qui l'obligerait à payer plus : *Ut enim creditor non cogitur, in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus est, ut si nummi hodie pluris sint, ita nec debitor dare etiam si hodie minoris sint.*

Telle est également l'opinion d'Ansaldus qui s'appuie précisément sur l'autorité de Cujas (2).

On se rend compte, au surplus, de l'erreur dans laquelle sont tombés Dumoulin et ses adhérents, à une époque où les notions économiques sur la monnaie, entrevues par quelques-uns plus clairvoyants que les autres, étaient pour le plus grand nombre, et même pour des esprits d'élite, dans la plus profonde obscurité. On lit dans la vie de Solon, par Plutarque, que le législateur des Athéniens, pour éteindre en partie les dettes des pauvres, eut recours à une augmentation des mesures et de la valeur des monnaies. « Il feit que la mine d'argent qui paravant ne valait que soixante et treize drachmes en valût cent; de manière que ceulx qui avoyent à rendre grosse somme de deniers venoyent à payer en estimation et valeur austant comme ils debvoyent, et non pas austant en nombre de pièces ; ainsy les debteurs y guaignoyent beaucoup, et les créanciers n'y perdoyent rien (3). » Je ne sais si c'est à Solon

(1) Sur la loi 89, ff. *De verb. oblig.*

(2) *Disc.* 89, n. 37. — Ansaldus ajoute au texte de Cujas quelques mots qui le rendent plus précis.

(3) Traduction d'Amyot, t. I, p. 301.

qu'il faut rapporter l'honneur de cette singulière invention ; toujours est-il que l'exemple qu'il avait suivi ou donné, a depuis lors trouvé de nombreux imitateurs; et que les gouvernements modernes, moins pour diminuer les dettes de leurs sujets que pour éteindre leurs propres dettes, ne se sont pas fait faute de recourir à un expédient qui accuse, à un degré égal, l'ignorance des gouvernants et des gouvernés (1), mais dont l'usage ordinaire (2) a pu faire illusion sur le droit que le souverain avait d'y recourir, et sur les conséquences de ce droit (3).

Mais aujourd'hui, que les lumières de l'économie politique devraient avoir pénétré, sinon dans les masses, du moins dans les régions où se préparent et où s'interprètent les lois, il est plus difficile de se rendre compte de l'article 1895 du code civil et des approbations qu'il a rencontrées (4). S'il est vrai, comme on n'en peut douter, que la valeur échangeable de la monnaie ne dépende pas de la valeur qui lui est attribuée par l'autorité publique, mais de sa valeur intrinsèque combinée avec la valeur des choses contre laquelle elle peut s'échanger, de telle sorte qu'on obtient avec le franc de cinq grammes le double de ce qu'on obtiendrait avec un franc qui ne pèserait que deux grammes cinq décigrammes, il faut en conclure que la base de l'art. 1895 est complétement illogique, et qu'on a eu raison de dire que cet article, en supposant que la valeur des espèces métalliques dépend de leur dénomination officielle, a admis toutes les vieilles erreurs des légistes sur la

(1) Voy. M. Blanqui, *Hist. de l'économie politique*, t. I, p. 252.

(2) *Valor monetæ si extrincese non mutetur, est species miraculi* (Ansaldus, *Disc.* 89, n. 14).

(3) La loi du 14 juillet 1866 qui dans l'intérêt de l'unification monétaire entre divers États de l'Europe, a abaissé le titre de la monnaie divisionnaire d'argent, a sans doute porté atteinte à ces principes considérés d'une manière absolue ; mais les effets de cette atteinte ont été considérablement atténués par cette circonstance qu'il s'agit d'une monnaie qui n'est jamais employée dans les paiements de quelque importance, et qui d'ailleurs, aux termes de l'article 5 de cette loi, n'a cours légal entre les particuliers que comme monnaie d'appoint, et jusqu'à concurrence seulement de 50 francs pour chaque paiement.

(4) Voy. M. Duvergier, *Du prêt*, n. 169 et suiv. ; et M. Troplong, *Du prêt*, n. 230 et suiv.

monnaie (1), erreurs qui consistent, non pas précisément à prétendre que le prince peut arbitrairement changer la valeur des monnaies, mais que dans les transactions les parties se préoccupent uniquement de la valeur nominale et non de la valeur intrinsèque.

En objectant en faveur de l'art. 1895, que la loi ne pouvait pas méconnaître et violer elle-même le principe d'ordre public qui veut que la monnaie circule sous la foi de l'autorité souveraine pour une valeur nominale que les sujets sont tenus de respecter, on confond deux hypothèses toutes différentes : celle où la valeur nominale de la monnaie n'a pas varié entre le jour du contrat et le jour du payement, et celle où elle a varié. Dans le premier cas, la valeur intrinsèque de la monnaie n'ayant pas varié se trouve, au jour du contrat et au jour du payement, dans le même rapport avec sa valeur nominale : c'est ce rapport qui a servi de base au contrat et à la détermination du prix; et on comprend dès lors qu'il ne serait ni juste, ni convenable que le créancier vînt contester, au jour du payement, la valeur d'une monnaie qu'il n'a pas contestée, qu'il ne pouvait contester au jour du contrat, et sur laquelle d'ailleurs il a dû régler ses prétentions. De quelque manière donc que la loi ait déterminé ce rapport, l'ordre public est d'accord avec l'équité, pour vouloir qu'on ne puisse élever ni doute ni contestation sur la valeur de la monnaie courante.

Dans le second cas, au contraire, quand les parties étaient en présence d'une monnaie au jour du contrat, et qu'au jour du payement elles se trouvent en présence d'une autre monnaie qui, sous la même dénomination numérique, cache une valeur intrinsèque différente, la loi qui, s'interposant entre les parties, les contraint à donner ou à recevoir la monnaie pour sa valeur numérique au jour du payement, modifie abitrairement les conditions du contrat, et cela sans aucun profit pour son autorité. Car, s'il est naturel que dans les transactions postérieures à ce changement, on soit tenu de donner ou de

(1) M. Rossi, Mém. inséré dans la *Revue de législation*, t. XI. p. 10.

recevoir la monnaie pour sa valeur numérique légale, parce qu'autrement on ne comprendrait pas le but du changement, il n'y a aucune raison pour contraindre les parties qui ont antérieurement contracté, à ne pas tenir compte dans le payement du changement opéré par l'augmentation ou la diminution de la monnaie; et loin de se mettre en contradiction avec lui-même, en laissant les conventions antérieures s'exécuter selon la loi qui a présidé à leur formation; loin que son respect pour le passé pût compromettre l'avenir, le législateur, en reconnaissant que lorsqu'il augmente ou diminue les monnaies elles valent plus ou moins qu'elles ne valaient, et que les obligations antérieures aux changements doivent se solder en conséquence, se serait soumis à un fait à l'autorité duquel il peut sans doute se soustraire, mais qu'il ne dépend pas de lui de supprimer. Si les honorables jurisconsultes qui se sont constitués les défenseurs de l'article 1895 ne comprennent pas cette différence, c'est qu'ils persistent à voir dans la monnaie, non la matière qui lui donne une valeur intrinsèque, mais la dénomination qui lui attribue une valeur nominale, et alors il n'est pas étonnant que nous ne nous entendions plus (1).

Je demande pardon au lecteur de cette digression trop exclusivement théorique, et qui ne peut porter atteinte à la force obligatoire de l'art. 1895 du Code civil; il faut se soumettre à cet article et reconnaître que dans l'état actuel de notre législation, s'il y a augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée ou stipulée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du contrat; mais on n'en doit pas moins protester contre une erreur rétrospective que notre époque n'aurait pas dû s'approprier.

2134. La plupart des auteurs décident même qu'on ne doit pas tenir compte des stipulations par lesquelles il serait convenu que si la valeur légale de la monnaie courante venait à être augmentée par le fait du prince, le créancier serait indem-

(1) V. Sur cette question l'opinion très-savamment et très-juridiquement développée de M. Pont, *des petits contrats*, t. I, n. 204 et suiv.

nisé de la perte que cette augmentation de valeur nominale lui occasionnerait (1). Cette clause, disent-ils, est contraire à l'ordre public; elle tend à infirmer la volonté du souverain sur le cours légal de la monnaie nationale; elle substitue à la valeur officielle une autre valeur dépendante de l'appréciation des parties; elle déprécie ou démonétise les espèces frappées à l'effigie du pouvoir souverain (2). Mais je préfère l'opinion contraire de M. Duranton (3), fondée sur ce que la loi, en supposant que les parties considèrent habituellement la monnaie comme somme, et non comme matière ayant une valeur propre, ne s'oppose pas à ce qu'une convention particulière et expresse stipule, en vue de la somme numérique, *non tanquam summa sed tanquam corpora*. Même en dehors de toute idée économique, la monnaie a une valeur intrinsèque, la valeur d'un lingot, qui peut être prise pour l'objet d'un contrat, en laissant de côté sa valeur nominale; et il me semble que c'est pousser bien loin le respect dû à cette valeur nominale, ou plutôt à la loi qui la détermine, que de défendre de considérer une pièce de cinq francs comme un morceau d'argent et de contracter en conséquence. Avec un pareil système, le commerce des matières d'or et d'argent ne serait pas possible.

2135. De même, quand on a contracté en une monnaie de compte, ou étrangère, je crois que l'article 1895 du Code civil ne s'oppose pas à ce que le payement soit fait de telle manière que le créancier reçoive en monnaie courante la valeur exacte et réelle de la monnaie exprimée au contrat. Supposons une

(1) Voy. Pothier, n. 37 ; M. Duvergier, *Du prêt*, n. 177 ; M. Troplong, *Du prêt*, n. 240.

(2) L'opinion de Pothier est curieusement motivée : « Le prince, dit-il, distribuant sa monnaie aux particuliers, pour leur servir de signe de la valeur de toutes choses, elle n'appartient aux particuliers que sous ce regard ; on ne peut donc prêter la monnaie en elle-même, mais seulement comme signe de la somme qu'il a plu au prince de lui faire signifier. Par conséquent, on ne peut obliger l'emprunteur à restituer autre chose que cette somme, et toute convention contraire doit être rejetée comme contraire à l'ordre public et à la destination que le prince a fait de la monnaie. » Que d'erreurs en peu de mots !

(3) T. XII, n. 93.

lettre de change de cent livres sterling tirée sur France, où la livre sterling est représentée par 25 francs environ, et que depuis la souscription de l'effet, la valeur intrinsèque du franc soit diminuée de moitié : il est évident qu'il faudra alors 50 francs pour faire une livre sterling, et que le payement devra être fait sur ce pied, parce que la somme due étant d'un certain nombre de livres sterling et non pas d'un certain nombre de francs, le créancier a droit à la valeur exacte des livres, quel que soit d'ailleurs le nombre de francs nécessaire pour représenter cette valeur. C'est ce que Scaccia exprime très-bien, en disant que la monnaie de compte seule est dans l'obligation, *in obligatione*, et que la monnaie réelle n'est alors qu'un moyen d'acquitter l'obligation, *in facultate solvendi* (1); à quoi Casaregis ajoute que la monnaie de compte, ayant toujours la même valeur de convention, ne peut recevoir aucune atteinte des variations de la monnaie réelle : *Quia cum hæc tantum reperiatur in obligatione, neque de sui natura aliquod patiatur augmentum vel minorationem, sed semper eadem remanet in suo valore imaginario, nihil omnino refert si monetæ specificæ vel realis valor extrinsecus augeatur aut decrescat ob principis superveniens edictum* (2).

2136. On s'est encore demandé si la mise en demeure du débiteur, avant le changement survenu dans la monnaie, mettait à sa charge la perte provenant de la diminution, et l'obligeait à tenir compte de cette diminution dans le payement ultérieurement fait au créancier. La plupart des auteurs qui dans l'ancienne jurisprudence soutenaient qu'on ne devait point tenir compte du changement survenu dans les monnaies, Dumoulin (3), Casaregis (4), Scaccia (5), voulaient que dans le cas particulier de la mise en demeure, le risque passât du créan-

(1) § 2, gl. 5, n. 185.

(2) *Disc.* 61, n. 1 et suiv. — *Quandoquidem, sicut æquitas suadet, debitorem in moneta imaginaria posse solvere debitum in genere aliquo reali monetarum sed correspondenti per adæquatam justitiam generi imaginario.* (De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 18, n. 40.)

(3) *De usuris*, n. 693.

(4) *Disc.* 61, n. 6.

(5) § 2, gl. 5, n. 147.

cier au débiteur; et sous le Code, M. Duranton a professé la même doctrine (1). Mais elle me paraît contraire au sens absolu de l'article 1895. Je crois avec M. Duvergier (2) que la mise en demeure, avant le changement survenu dans les monnaies, ne peut produire un effet que la loi refuse au contrat lui-même; et que l'article 1895, en disposant que s'il y a eu diminution ou augmentation d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement, ne fait aucune distinction entre le cas où l'échéance est postérieure ou antérieure au changement, et ne considère que le payement, sans s'arrêter aux circonstances qui l'ont retardé.

Espérons au surplus que toutes les difficultés auxquelles ont jadis si souvent donné lieu les variations des monnaies, ne se représenteront plus, que la science du crédit public a proscrit sans retour des expédients ruineux, pour l'État et pour les particuliers, et que l'article 1895 sera désormais une règle sans application (3).

2137. Nous avons vu que le créancier ne peut être contraint de recevoir en payement une autre chose que celle qui lui est due. Mais rien ne s'oppose à ce que le créancier accepte volontairement une autre chose à la place de celle qui forme la matière de l'obligation. Le payement prend alors le nom de dation en payement, *datio in solutum*. La dation en payement a les plus grands rapports avec la vente, *fraternitat cum contractu emptionis et venditionis* (4). La somme due représente le prix, et la chose donnée en payement la chose vendue.

2138. De ce que le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que ce qui lui est dû, il en résulte que le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette, même divisible : telle est la disposition précise de l'art. 1244 du Code civil. Une partie de la chose due, même quand il s'agit d'une somme d'argent, est autre

(1) T. XVII, n. 575.
(2) *Du prêt*, n. 218.
(3) Voy. sur la loi du 14 juillet 1866, *sup.*, p. 48, note 3.
(4) Ansaldus, *Disc.* 86, n. 14.

chose que la chose due. Néanmoins, ajoute le même article, les juges peuvent, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement, et surseoir à l'exécution des poursuites. Il suit de là que le juge peut diviser la dette, puisqu'il peut accorder non-seulement *un délai*, mais *des délais,* ce qui suppose évidemment la faculté de déterminer différents termes successifs pour le payement de la dette en autant de parties qu'il y a de termes ou de délais accordés par le juge (1).

2139. Du reste, il est à remarquer que la règle qui veut que le débiteur ne puisse forcer le créancier à recevoir par parties le payement d'une dette même divisible, ne s'applique qu'au cas où il n'existe qu'un seul débiteur, et non au cas où il se trouve plusieurs débiteurs, alors même que le débiteur eût été unique dans l'origine (1). Elle ne s'applique pas non plus au cas où l'obligation a pour objet plusieurs payements successifs, par exemple les intérêts annuels d'un capital. Ainsi, lorsqu'il y a plusieurs annuités échues, le débiteur peut contraindre le créancier à les recevoir séparément, pourvu que ce soit dans l'ordre des échéances. Cependant si le capital était exigible en même temps que l'intérêt, l'intérêt formerait un seul tout avec le capital, et le créancier ne pourrait être contraint à recevoir l'un sans l'autre (2).

2140. 4° *Quand doit être fait le payement?* — Nous avons déjà vu, en parlant des obligations à terme (3), que toute obligation doit être acquittée à son échéance, c'est-à-dire au terme stipulé, quand l'époque du payement a été déterminée par la convention, ou aussitôt qu'elle a été contractée, quand il n'a pas été stipulé de terme d'exigibilité, à moins que, d'après sa nature ou d'après l'usage, l'obligation ne dût être exécutée qu'après l'écoulement d'un certain laps de temps (4).

(1) Voy. *ibid.*, n. 1850.

(1) Toullier, t. VII, n. 658; Delvincourt, t. II, p. 555; Cass., 20 déc. 1842, S., 43, 1, 223; *Contra*, Duranton, t. XII, n. 88; Colmar, 18 août 1816, S., 5, 2, 186.

(2) C. civ., 1220.

(3) C. civ., 1258; Pothier, n. 534 et 539; Delvincourt, t. II, p. 555 Toullier, t. VII, n. 69 et 70.

(4) Voy. *sup.*, t. III, n. 1842 et suiv.

C'est ainsi que, dans certaines places de commerce, quoiqu'une vente soit faite au comptant, l'acheteur jouit d'un délai de quelques jours pour effectuer le payement (1).

2141. Aussitôt que l'époque d'exigibilité est arrivée, le créancier peut contraindre le débiteur. Il y a même certaines obligations commerciales, telles que la lettre de change et le billet à ordre, dont le porteur doit exiger le payement le jour même de l'échéance, et dont il doit faire constater le non-payement dès le lendemain de l'échéance par un acte nommé protêt, sous peine d'être déchu de la plupart des droits que lui confère cette nature d'obligation (2).

2142. Le créancier ne cesse d'avoir le droit de poursuivre le débiteur à l'échéance, que lorsque celui-ci a obtenu un terme de grâce. On appelle terme de grâce celui que les juges peuvent accorder au débiteur poursuivi, en considération de sa position et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve (3).

En toute matière civile ou commerciale, le débiteur ne peut obtenir aucun délai de grâce, ni jouir de celui qui lui a été accordé, lorsque ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, lorsqu'il est en état de faillite ou de déconfiture, lorsqu'il est contumax ou constitué prisonnier, quand il a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (4).

2143. Mais on s'est demandé si la faculté que l'article 1244 donne aux juges d'accorder des délais modérés pour le payement, s'applique aux matières commerciales comme aux matières civiles.

(1) Tel est l'usage à Gênes, constaté par un jugement du tribunal de commerce de cette ville, du 4 février 1841, rapporté par M. Mantelli, *Giurispr. del cod. di comm.*, t. I, p. 379,

(2) C. com., art. 161 et 162.

(3) C. civ., 1244. — Je n'ai pas à m'occuper ici des lois de circonstance par lesquelles en temps de révolution, de guerre étrangère ou de guerre civile, des gouvernements de fait ou de droit ont accordé des délais ou suspendu les poursuites au profit de certaines catégories de débiteurs, ni des questions, heureusement transitoires, auxquelles ces mesures ont pu donner lieu.

(4) C. proc., art. Voy. *sup.*, t. III, n. 1868 et suiv., et 1873.

Il faut distinguer entre les obligations commerciales ordinaires, et les lettres de change, et les billets à ordre.

Quant aux lettres de change et aux billets à ordre, il y a dans les articles 157 et 187 du code de commerce une disposition expresse qui défend aux juges d'accorder aucun délai pour le payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

Les juges ne peuvent même, sous prétexte que l'endosseur d'une lettre de change serait un fonctionnaire dont le traitement ne serait saisissable que par cinquième et de mois en mois, ordonner en le condamnant au payement de la lettre de change, que ce payement aura lieu par voie de retenue du cinquième de ses appointements, opérée tous les mois par le porteur de la lettre de change. Ils doivent prononcer une condamnation pure et simple, sauf à celui contre qui elle est exécutée à se prévaloir, pour limiter l'effet des poursuites dirigées contre lui en vertu du jugement, des dispositions légales qui lui feraient une position privilégiée (1).

2144. Mais cette exception qui, dans ses termes, est loin d'embrasser toutes les matières commerciales, ne les embrasse pas non plus dans son esprit; car si de la nature particulière des lettres de change, des billets à ordre, et de la circulation à laquelle ils sont destinés, résulte la nécessité d'un payement à jour fixe qui ne pourrait pas être différé par les juges sans préjudice pour les tiers, il n'en est pas ainsi des simples engagements non négociables, et des obligations dont l'effet se concentre entre le créancier et le débiteur. On doit faire alors prévaloir le principe qui permet au juge d'accorder au débiteur des délais modérés, avec d'autant plus de raison qu'il est toujours possible au créancier commerçant de tirer sur son débiteur commerçant, et de l'obliger ainsi au payement d'une lettre de change qui devra avoir lieu à l'échéance et sans délai. C'est ce que reconnaissent tous les auteurs qui, avant comme depuis le Code, ont traité des matières commerciales. Jousse (2) dit formellement que les juges-consuls, en condamnant un particu-

(1) Cass., 8 juill. 1850, S., 51, 1, 22.

(2) Sur le titre XII de l'ord. de 1675, add. § 4.

lier au payement de ce qu'il doit, peuvent, comme les autres juges, par des circonstances particulières et des considérations d'équité, accorder jusqu'à trois mois de délai au débiteur pour le payement de la somme à laquelle il a été condamné. M. Pardessus (1) tranche la question dans le même sens, sans y voir aucune difficulté ; M. E. Vincens (2) reproduit comme règle générale les termes mêmes de l'article 1244 du code civil, auquel il n'apporte d'autre exception que celle qui est prononcée par l'article 157 du code de commerce. Il est vrai que, dans le rapport fait au tribunat par M. Favard de Langlade sur le titre des *obligations*, l'orateur, en expliquant la disposition qui est devenue celle de l'article 1244, ajoute « qu'il ne parle pas ici des obligations de commerce qui doivent avoir leurs règles particulières selon la nature des engagements. » Mais il ne faut pas conclure de là que l'article 1244 soit nécessairement et toujours inapplicable aux matières commerciales. Lorsque se préparait le code civil, le code de commerce était encore à faire, et le législateur devait naturellement réserver les questions que ce dernier Code était appelé à résoudre (3). Il résulte de là que si la règle générale du code civil était soumise d'avance à une exception éventuellement prévue, cette exception, dont l'étendue n'était pas déterminée par le code civil, doit être renfermée dans les termes du code de commerce ; de telle sorte que si le code de commerce n'a fait exception que pour les effets négociables, à la faculté qui appartient au juge d'accorder des délais modérés, la règle générale du code civil subsiste pour les autres engagements commerciaux. Les mêmes observations s'appliquent à l'opinion émise par M. Toullier (4), qui a copié les termes du rapport de M. Favard, sans tenir compte des circonstances dans lesquelles ce rapport avait été fait, et qui, opposé en principe, même en matière civile, au droit que l'ar-

(1) *Droit com.*, n. 183.

(2) *Lég. com.*, t. II, p. 13 et 14. — Voy. encore Favard, *Répert.*, v° *Jugement*, sect. 1, § 2, n. 4 ; Carré, *Proc.*, n. 522 ; Thomine-Desmazures, *Procéd. civ.*, n. 137 ; Chauveau, sur Carré, *loc. cit.*

(3) Voy. *sup.*, t. III, n. 1440 et suiv.

(4) T. VI, n. 661.

ticle 1244 donne au juge (1), ne pouvait s'y montrer favorable en matière commerciale.

Quant à la jurisprudence, un arrêt de la cour de cassation du 20 décembre 1842 (2) a décidé, en termes exprès, que les juges peuvent en matière commerciale, aussi bien qu'en matière civile, accorder au débiteur des délais pour se libérer ; et que les articles 157 et 187 du code de commerce, qui défendent au juge d'accorder des délais pour le payement des lettres de change et des billets à ordre, ne sont pas applicables aux créances commerciales qui résultent d'un autre titre que d'un effet de commerce, spécialement au solde d'un compte courant.

Il est vrai que plusieurs arrêts antérieurs semblent contraires à l'opinion qui reconnaît au juge la faculté d'accorder des délais en matière commerciale. Mais il est facile, en les examinant de près, de voir qu'ils sont sans autorité sur la question. Ainsi, on ne saurait se prévaloir d'un arrêt de la cour de Colmar du 12 frimaire an XIV (3), qui décide que les juges civils ne peuvent surseoir à l'exécution d'un jugement rendu en matière commerciale, ce qui est une toute autre question. Un autre arrêt de Colmar du 14 janvier 1806 (4), tout en s'appuyant dans ses motifs sur ce qu'on ne peut accorder de délais en matière de commerce, doit encore être écarté, parce qu'il s'agissait, dans l'espèce, de délais accordés pour le payement d'une lettre de change ; de telle sorte que le principe mis en avant par cet arrêt restait sans application, ou devrait être entendu *pro subjectâ materiâ.* On peut en dire autant d'un arrêt de la cour de cassation du 22 juin 1812 (5). Enfin, il y a un arrêt de la cour de Douai du 13 avril 1814 (6), qui, tout en énonçant un motif général sur l'inapplicabilité de l'article 1244, ne saurait non plus être invoqué à l'appui du système con-

(1) T. VI, n. 657.
(2) S., 43, 1, 223.
(3) *Ibid.*, 2, 2, 94.
(4) S., 2, 2, 108.
(5) *Ibid.*, 4, 1, 131.
(6) *Ibid.*, 4, 2, 284.

traire à cet article, parce qu'en définitive il se borne à refuser un délai pour le payement d'un dividende de concordat par lequel des délais avaient déjà été accordés au débiteur. On ne peut donc citer aucun monument de jurisprudence directement contraire à la doctrine qu'a justement consacrée l'arrêt précité de la cour de cassation, arrêt qui, fondé sur la distinction entre les obligations négociables, telles que les lettres de change ou les billets à ordre, et les obligations ordinaires, laisse les dernières sous l'empire du droit commun dont l'article 1244 est l'expression, tandis que les premières sont spécialement régies par les articles 157 et 187 du code de commerce (1).

2145. Du reste, les dispositions des articles 157 et 187 ne s'appliquent qu'aux lettres de change et aux billets à ordre, ou aux obligations négociables d'une nature analogue et dont l'échéance est ou peut être déterminée. Ils ne s'appliquent pas aux obligations qu'il est permis de faire à ordre, telles que le contrat à la grosse ou le connaissement, dont l'échéance toujours incertaine dépend de la fin des risques ou de l'arrivée du navire, et peut par conséquent être reculée par le juge, au moyen de la détermination d'un terme ou d'un délai de grâce, sans aucun inconvénient pour le porteur de l'obligation (2).

2146. 5° *Où doit être fait le payement ?* — En règle générale, le payement doit être fait au domicile du débiteur (3) ; c'est-à-dire que le créancier doit aller chercher ce qui lui est dû, et que le débiteur n'est pas tenu de le lui porter. Cette règle est de droit commun, même entre marchands ; une convention peut seule y déroger ; et il a été jugé qu'il ne suffirait pas pour que le payement dût être fait au domicile du vendeur ou expéditeur de marchandises, que ce vendeur alléguât ses factures, portant, suivant l'usage habituel de sa maison, que le payement aurait lieu à son domicile (4). Il est en surtout ainsi

(1) Sur le délai de grâce en matière de payement d'un prix de vente, voy. *sup.*, t. III, n. 1831.

(2) Émerigon, *Des contrats à la grosse*, ch. IX, sect. II, § 2.

(3) C. civ., 1247.

(4) Lyon, 5 février 1821, S., 6, 2, 559; D., 5, 400.

quand il est dit que les marchandises doivent être payées après envoi, arrivée et vérification : c'est alors incontestablement au domicile de l'acheteur ou du débiteur, que le prix doit être payé (1).

2147. Du reste, quand un lieu a été convenu pour le payement du prix, c'est dans ce lieu que le payement doit être fait (2). La preuve de cette convention peut résulter des circonstances. Ainsi, lorsqu'une vente est faite au comptant et que le prix en doit être payé par l'acheteur au moment de la livraison ou de l'enlèvement des marchandises, le lieu du payement est manifestement celui où s'effectue la livraison des marchandises (3).

2148. Les règles qui précèdent sont relatives au cas où il s'agit du payement d'une somme d'argent. Il y en a d'autres pour le cas où le payement consiste dans la remise ou dans la livraison d'un corps certain et déterminé : cette livraison doit se faire, à moins de conventions contraires, dans le lieu où était au temps de l'obligation la chose qui en fait l'objet. Mais si cette chose n'était déterminée que par son espèce, et si en même temps le contrat ne fixait pas un lieu pour la livraison, dans ce cas le pesage, le mesurage ou le comptage, qui déterminent la chose et en opèrent la livraison, devraient avoir lieu au domicile ou dans les magasins du vendeur (4).

2149. Pour terminer ce qui regarde le payement en général, il reste à dire à la charge de qui sont les frais du payement. Aux termes de l'article 1248 du code civil les frais du payement sont à la charge du débiteur. Si donc le débiteur veut une quittance notariée ou seulement sous seing privé, mais sur papier timbré, c'est à lui d'en faire les frais.

2150. Mais il ne faut pas confondre avec les frais du payement ceux qui n'ont pour objet que l'intérêt ou la commodité du créancier. C'est ainsi que dans les payements en espèces,

(1) Cass., 4 déc. 1811, S., 3, 1, 421 ; D., 3, 391.

(2) C. civ., art. 1347. *Loco apposito solutioni, in eo solutio fieri debet.* Scaccia, § 2, gl. 5, n. 194.

(3) Scaccia, *ibid.*, n. 195.

(4) Voy. *sup.*, t. III, n. 1608.

ce serait naturellement au créancier à fournir les sacs nécessaires pour contenir des espèces et les emporter : le payement est complet quand le débiteur a compté les espèces au créancier et les lui a remises entre les mains, et les frais d'enlèvement et de transport sont dès lors à la charge du créancier. Mais pour la facilité des payements, un décret du 1er juillet 1809 impose au débiteur d'une somme de 500 fr. et au-dessus, l'obligation de fournir le sac et la ficelle, à la charge de payer 15 centimes par sac. Ce décret, d'une application assez rare aujourd'hui, qui ne fait que consacrer un ancien usage rappelé par Denisart (1) et par Guyot (2), mais dont l'observation n'était pas générale (3), n'ordonne point au créancier de prendre les sacs du débiteur; il ordonne seulement au débiteur de fournir les sacs et la ficelle, si le créancier n'en a pas apporté, en laissant à celui-ci la faculté de s'en pourvoir (4).

2151. Quand le payement consiste dans la livraison d'un corps certain, les frais d'enlèvement et de transport sont à la charge du créancier, s'il doit prendre livraison chez le débiteur; ils sont au contraire à la charge du débiteur, si celui-ci doit venir livrer chez le créancier (5).

Si la chose n'est déterminée que par son espèce, les frais de pesage, mesurage et comptage, sont à la charge du débiteur (6).

§ II. — *Du payement avec subrogation.*

Sommaire. — 2152. De la subrogation. Ses rapports avec la cession de créances. — 2153. De la subrogation conventionnelle... Faite par le créancier. Elle doit être expresse ; mais il n'y a pas de formule sacramentelle, pas plus en matière civile qu'en matière commerciale. — 2154. De la subrogation faite par le mandataire. — 2155. De la subrogation résultant de la cession d'une créance. — 2156. De la subrogation faite par le débiteur. — 2157. De la subrogation légale. — 2158... Au profit du créancier qui rembourse un créancier qui lui est préférable. — 2159... Paye-

(1) V° *Payement*, n. 28.
(2) *Répert. eod. verb.*
(3) Tribunal de commerce de Lyon, 5 avril 1829, Sirey, 9, 2, 291.
(4) Toullier, t. VII, n. 55.
(5) Duranton, t. XII, n. 106. C. civ., 1608.
(6) C. civ., 1508.

ments faits en matière de faillite par la masse chirographaire à la masse hypothécaire. — 2160. Subrogation au profit de celui qui, tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter... Débiteurs solidaires; cautions. — 2161. Subrogation du commissionnaire dans les droits du vendeur contre le commettant. — 2162... Dans les droits du voiturier qu'il a remboursé. — 2163. De la subrogation en matière d'assurances terrestres. — 2164. Assurance du risque locatif. — 2165... Du risque des voisins. — 2165 *bis*. Assurance contre les faillites. — 2166. De la subrogation en matière de lettres de change. — 2167. De la subrogation au profit du payeur par intervention. — 2168... Au profit de celui qui, porteur d'une lettre de change en vertu d'un endossement irrégulier, l'a négociée et ensuite remboursée. — 2169. La subrogation conventionnelle ou légale a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs. — 2170. Elle ne peut nuire au créancier.

2152. En général le payement éteint la dette, et par conséquent les actions et les droits qui en sont l'accessoire. Il en est toujours ainsi quand le payement est fait par le débiteur lui-même; il en est également ainsi, lorsque le payement est fait par un tiers en l'acquit du débiteur, à moins que par une convention expresse, ou par la volonté de la loi, le tiers ne soit mis à la place du créancier payé, et n'ait été subrogé dans ses droits contre le débiteur (1).

On peut donc définir la subrogation, une fiction juridique par suite de laquelle une obligation éteinte au moyen du payement effectué par un tiers, est regardée comme continuant de subsister au profit de ce dernier qui est censé ne faire qu'une seule et même personne avec le créancier (2).

Il suit de là, d'une part, que la subrogation tout en ayant certains rapports avec la cession ou vente de créances (3), s'en distingue cependant, puisque la cession ne fait que substituer le cessionnaire au cédant, sans toucher à l'existence de la créance, tandis que dans la subrogation, la créance que le payement aurait dû éteindre ne continue de subsister que par l'effet de la subrogation (4); — et, d'autre part, que quoique

(1) C. civ., 1249,

(2) Zachariæ, t. III, § 563 (édit. Massé et Vergé), Duranton, t. XII, n. 108. — Voy. aussi Toullier, t, VII, n. 140, et Marcadé, t. IV, p. 538.

(3) Voy. *inf.*, n. 2207.

(4) Duranton, t. XI, n. 114.

la subrogation suppose un changement dans la personne du créancier, elle n'emporte cependant pas novation (1), à raison de la fiction d'après laquelle le tiers subrogé est censé ne faire qu'une seule et même personne avec le créancier auquel il succède (2).

2153. Il y a deux sortes de subrogation : la subrogation conventionnelle, et la subrogation légale (3).

La subrogation conventionnelle, qui, le nom l'indique, résulte de la convention des parties, et ne pourrait pas s'opérer sans convention, peut être faite, soit par le créancier, soit par le débiteur.

La subrogation est faite par le créancier lorsque celui-ci, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur (4). Elle doit alors être expresse ; mais il n'y a pas de termes sacramentels. L'article 1250 parle, il est vrai, de subrogation *aux droits, actions, priviléges et hypothèques contre le débiteur ;* mais il ne faut pas en conclure que cette énumération, qui rappelle le style redondant des praticiens d'autrefois, soit nécessaire (5), bien que le contraire ait été jugé par la cour de Riom, le 12 janvier 1809 (6), dans une espèce où le créancier de deux billets en recevant son payement d'un tiers, avait subrogé ce tiers *dans l'effet des deux billets.*

Le même arrêt semble supposer qu'il y a, à cet égard, une différence entre les matières civiles et les matières commerciales : c'est une erreur. La subrogation conventionnelle ne doit pas être moins expresse en matière civile qu'en matière commerciale ; mais des termes sacramentels ne sont pas plus nécessaires dans un cas que dans l'autre.

Il y a plus : en matière commerciale, la preuve que la subrogation par le créancier au profit d'un tiers qui l'a payé, a

(1) Voy. *inf.*, sect. II.

(2) Duranton, t. XII, n. 115.

(3) C. civ., 1249.

(4) *Ibid.*, 1250.

(5) Toullier, t. VII, n. 120; Duranton, t. XII, n. 119; Marcadé sur l'article 1250. — Voy. aussi Cass., 4 fév. 1839, S., 39, 1, 107.

(6) S., 3, 2, 4; D., 10, 562.

été stipulée d'une manière expresse et en même temps que le payement, comme l'exige l'article 1250, peut résulter soit de la correspondance et des livres des parties, soit d'un acte signé de ces dernières, quoique n'ayant pas date certaine (1), soit même des circonstances de la cause (2).

2154. La subrogation peut d'ailleurs sans aucun doute être faite non-seulement par le créancier lui-même, mais encore par son mandataire ; mais il faut pour cela que le mandataire ait un pouvoir exprès : le pouvoir de toucher la somme due n'emporte pas pouvoir de subroger dans les droits du créancier. C'est en ce sens qu'il a été jugé avec raison, que le mandat donné à un huissier de procéder à l'exécution d'un jugement qui condamne le tireur d'une lettre de change à en payer le montant, et de procéder, faute de payement, à l'arrestation d'un débiteur, n'emporte pas le mandat de subroger dans les droits du porteur contre les endosseurs le tiers qui se présente pour payer au lieu et place du tireur (3), en dehors des conditions constitutives d'un payement par intervention qui produirait une subrogation légale (4).

2155. Du reste, il n'y a nécessité de stipuler la subrogation du tiers dans les droits du créancier, que lorsque cette subrogation est le résultat du payement fait par le tiers subrogé en l'acquit du débiteur : il en est autrement quand la subrogation est la conséquence de la cession de la créance. Dans ce cas, le tiers est subrogé dans les droits du cédant par cela seul qu'il se rend cessionnaire de la créance à laquelle ces droits sont attachés. C'est la cession qui opère alors la subrogation conventionnelle, tandis que, dans le cas de payement avec subrogation, c'est la subrogation, qui opère une sorte de cession (5).

(1) Cass., 14 déc. 1858, S., 60, 1, 987. — Il a même été jugé qu'il n'était pas nécessaire en matière civile, que la subrogation fût constatée par un acte ayant date certaine. Voy. Cass., 20 janv. 1857, S., 57, 1, 332, et 7 avril 1858, S., 58, 1, 810.

(2) Cass., 2 juin 1863, S., 63, 1, 335.

(3) Cass., 2 août 1848, S., 48, 1, 695. — Voy. cependant Colmar, 11 déc. 1832, S., 33, 2, 251.

(4) Voy. *sup.*, n. 2075, et *inf.*, n. 2167.

(5) V. Cass., 15 juin 1864, S., 64, 1, 497.

C'est ainsi par exemple, qu'il n'est pas nécessaire que le jugement qui valide le délaissement et condamne l'assureur au payement de la somme assurée, subroge l'assureur dans les droits de l'assuré sur les marchandises délaissées : cette subrogation est la conséquence nécessaire de la cession judiciairement opérée par le délaissement et le jugement qui en prononce la validité (1).

2156. La subrogation est faite par le débiteur lorsque celui-ci, en empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que dans la quittance il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier (2); et il n'est pas nécessaire, à la différence de ce qui a lieu dans la subrogation faite par le créancier, qu'il soit dit dans la quittance que le prêteur est subrogé aux droits du créancier.

2157. Les cas de subrogation légale sont déterminés par l'article 1251 du code civil, aux termes duquel la subrogation a lieu de plein droit : 1° au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui était préférable à raison de ses priviléges et hypothèques ; 2° au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ; 3° au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter; 4° au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.

Le code de commerce prévoit encore deux cas de subrogation légale qui rentrent jusqu'à un certain point dans ceux qui sont déterminés par le Code civil : l'un est la subrogation

(1) Aix, 26 août 1809, S., 3, 2, 132; Cass., 8 déc. 1852, S., 53. 1, 420. — Voy. C. com., art. 385.

(2) C. civ., 1250.

du payeur par invention d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, dans les droits du porteur (1) ; l'autre est la subrogation successive des endosseurs dans les droits des endosseurs qui les suivent contre ceux des coobligés qui les précèdent (2).

Dans les cas prévus par le Code civil, il en est deux qui ne peuvent se rencontrer en matière commerciale, et dont je n'ai par conséquent pas à m'occuper : l'un est celui qui est relatif à la subrogation de l'acquéreur d'un immeuble dans les droits des créancier inscrits sur cet immeuble, qu'il a payés avec son prix d'acquisition ; et l'autre est celui qui est relatif à la subrogation de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession. Quant aux autres cas de subrogation légale, ils trouvent leur application aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile.

2158. Ainsi en matière commerciale comme en matière civile, le créancier, soit hypothécaire soit chirographaire, qui rembourse de ses deniers un autre créancier qui lui est préférable, est subrogé dans les droits de ce créancier.

2159. Cette règle reçoit en matière de faillite une application toute particulière. Aux termes de l'article 554 du code de commerce, « après la vente des immeubles et le règlement définitif de l'ordre entre les créanciers hypothécaires et privilégiés (du failli), ceux d'entre eux qui viendront en ordre utile sur le prix des immeubles pour la totalité de leur créance, ne toucheront le montant de leur collocation hypothécaire que sous la déduction des sommes par eux perçues dans la masse chirographaire : les sommes ainsi déduites ne resteront point dans la masse hypothécaire, mais retourneront à la masse chirographaire au profit de laquelle il en sera fait distraction. » Il suit de là, que les sommes perçues par les créanciers hypothécaires dans la masse chirographaire sont réputées payées en l'acquit du débiteur failli par les créanciers chirographaires eux-mêmes, dont la distraction de ces sommes diminue la part ; et la déduction qui est faite de ces sommes

(1) C. com., 159.
(2) *Ibid.*, 164.

dans la masse hypothécaire au profit de la masse chirographaire, n'est pas autre chose en définitive qu'une subrogation, jusqu'à due concurrence, de la masse chirographaire dans les droits de la masse hypothécaire.

Il a même été jugé que lorsqu'une somme était payée avec les deniers de la masse chirographaire, en l'acquit d'un créancier hypothécaire, la masse chirographaire était subrogée dans les droits de celui-ci jusqu'à concurrence de la somme payée, et pouvait se faire colloquer en son ordre, dans la masse hypothécaire, à raison de cette somme, sur la collocation faite au profit du créancier hypothécaire pour le montant intégral de sa créance, tout aussi bien que si cette somme avait été directement payée à ce créancier (1).

2160. Ainsi encore, en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile, la subrogation a lieu au profit de celui qui, tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. Tels sont les codébiteurs solidaires ou les cofidéjusseurs entre eux; telle est la caution vis-à-vis du débiteur principal (2). Toutefois il est à remarquer, en ce qui touche les codébiteurs solidaires et les cofidéjusseurs, que la subrogation qui s'opère au profit de celui qui a payé la dette ne lui donne d'autre droit que de répéter contre les autres, et divisément, la part et portion de chacun d'eux (3). Il ne pourrait poursuivre chacun de ses codébiteurs solidairement et pour le tout, sous la déduction de sa part personnelle. C'est ce qui résulte formellement des article 1214 et 2033 du Code civil. La majorité des auteurs se réunit même pour décider qu'une subrogation conventionnelle, stipulée au profit du codébiteur qui paye ne produirait pas, sous ce rapport, d'effets plus étendus que la subrogation légale qui s'est de plein droit opérée à son profit (4). Je n'insiste pas sur cette question qui est étrangère à notre sujet; mais nous verrons bientôt qu'il en

(1) Cass., 4 juillet 1844, S., 44, 1, 481.

(2) C. civ., 1214 et 2033.

(3) Voy. *sup.*, t. III, n. 2048 et suiv.

(4) Pothier, n. 281; Delvincourt, t. II, p. 504; Duranton. t. XII, n. 168. — En sens contraire, voy. Toullier, t. VII, n. 163.

est autrement de la subrogation légale qui s'opère au profit des codébiteurs solidaires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre qui en ont remboursé le montant au porteur (1).

2161. On trouve en matière commerciale un exemple remarquable de la subrogation légale au profit de celui qui avait intérêt à payer une dette dont il était tenu avec d'autres ou pour d'autres, dans celle qui s'accomplit au profit du commissionnaire chargé d'acheter des marchandises pour le compte de son commettant, et qui les a payées de ses propres deniers : ce commissionnaire est subrogé de plein droit au vendeur, tellement que si le commettant vient à faire faillite, le commissionnaire peut revendiquer les marchandises vendues, comme le vendeur l'aurait pu lui-même. C'est ce qui a été jugé par la cour de cassation le 14 novembre 1810 (2); « Attendu que le commissionnaire avait eu intérêt à acquitter le prix de la vente qui lui avait été consentie, et qu'en l'acquittant il avait été subrogé de plein droit au lieu et place des vendeurs, conformément à l'article 1251 du Code civil. »

Cependant MM. Delamarre et Lepoitvin, tout en reconnaissant la subrogation qui, dans ce cas, s'opère au bénéfice du commissionnaire, prétendent qu'elle a lieu en vertu de l'usage commercial, et nullement par application de l'article 1251. L'article 1251, disent-ils (3), est dans l'espèce d'un créancier envers lequel deux ou plusieurs sont engagés solidairement ou tenus subsidiairement les uns pour les autres; l'application de cette loi ne peut jamais avoir lieu que le créancier n'ait au moins deux obligés : or, dans l'hypothèse d'un commissionnaire achetant en son propre nom, le vendeur n'a pour obligé que le seul commissionnaire qui n'a engagé que lui seul. Donc, pas de subrogation possible en vertu de l'article 1251. Ce serait, suivant ces auteurs, de l'article 2102 du Code civil qu'il faudrait argumenter. Cet article porte qu'il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendica-

(1) Voy. *inf.*, n. 2166.

(2) S., 3, 1, 258; D., 2, 745. — Voy. encore, dans le même sens, Rouen, 4 janv. 1825, S., 8, 2, 2; D., 30, 2, 132.

(3) *Du contrat de commission*, t. II, p. 715 et suiv.

tion; et ce serait l'usage du commerce, ce serait la coutume commerciale qui permettrait au commissionnaire de revendiquer comme quasi-subrogé aux droits du vendeur, toutes les fois que le vendeur aurait pu revendiquer lui-même. Pourquoi donc, ajoutent-ils, au lieu de reconnaître la coutume commerciale, comme le fait le Code civil lui-même, et d'y puiser des motifs de solution, aime-t-on mieux fausser les lois civiles que de ne pas les appliquer au commerce, pour qui elles ne sont pas faites?

On retrouve là le dangereux système que les auteurs du *Traité du contrat de commission* ne perdent aucune occasion de produire, et que je ne perdrai aucune occasion de combattre; système qui consiste à affranchir le commerce des règles certaines écrites dans le Code civil, considéré comme complément naturel et nécessaire du Code de commerce, pour courir après des règles fugitives, incertaines et variables, qu'on décore du nom d'usages commerciaux. Je me suis déjà expliqué, et longuement, sur la question générale de l'autorité, en matière commerciale, soit du Code civil qui sert de règle dans tous les cas où le Code du commerce n'y a pas dérogé d'une manière expresse ou tacite, soit de l'usage qui n'a force de loi que lorsque la loi le consacre et s'y réfère (1). Or, je crois facile d'établir ici, sur la question spéciale de l'autorité de l'article 1251, et relativement à la subrogation qui s'opère au profit du commissionnaire, que cet article s'applique parfaitement à cette subrogation, pour laquelle il n'est pas nécessaire de recourir à un usage qui n'est reconnu par aucune loi.

Et d'abord on exagère la portée de l'article 2102 du Code civil, aux termes duquel il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication, lorsqu'on prétend qu'il donne la sanction de son autorité à toutes les règles que l'usage ou la coutume auraient pu introduire en matière de revendication. Rien de plus certain, au contraire, qu'en matière commerciale, aussi bien qu'en matière civile, le droit de revendication, qui est un véritable privilége, ne peut avoir lieu

(1) Voy. *sup.*, t. I, n. 82 et suiv.; et t. III, n. 1440 et suiv.

qu'en vertu d'une loi expresse. Qu'a donc voulu dire cet article? Rien que de fort simple. J'ai déjà dit et je répète qu'au moment où l'on rédigeait le Code civil, le Code de commerce était en élaboration, et que dans un grand nombre de cas où les règles du Code civil pouvaient s'appliquer aux matières de commerce, les rédacteurs du Code civil, pour ne rien préjuger sur ce que croiraient devoir faire les rédacteurs du Code de commerce, au lieu de décider eux-mêmes la question, se sont bornés à renvoyer au Code de commerce, dont les rédacteurs pouvaient, soit, en ayant égard au renvoi qui leur était fait, tracer des règles spéciales au droit commercial, soit, en se taisant, laisser les questions sous l'empire du droit commnn. L'article 2102, qui détermine les conditions de la revendication en matière civile, contient un renvoi de cette nature. Les rédacteurs du Code de commerce y ont eu égard, et, après avoir disposé par l'article 550 que le privilége et le droit de revendication établis par le nº 4 de l'article 2102 du Code civil au profit du vendeur d'effets mobiliers ne seraient point admis en cas de faillite, ils ont déterminé limitativement, dans les articles 574 et suivants les cas dans lesquels la revendication pourrait être exercée en matière de faillite, et les personnes par qui elle pourrait être exercée. Ainsi se trouve rempli l'objet que se proposait le renvoi de l'article 2102. Il faisait une réserve en faveur des coutumes et des lois commerciales ; la loi commerciale a parlé et s'est expliquée : c'est donc cette loi qu'il faut suivre. Induire de cette réserve que, malgré les termes essentiellement limitatifs de la loi commerciale, l'article 2102 a donné la sanction de son autorité aux usages commerciaux qui, en matière de revendication, viendraient s'ajouter à la loi commerciale, c'est évidemment faire dire à cet article toute autre chose que ce qu'il dit, et en même temps ne pas vouloir tenir compte de ce que dit le Code de commerce. Où la loi parle, l'usage doit se taire.

Concluons de là qu'il est légalement impossible de chercher dans les usages commerciaux le principe de la subrogation qui s'opère au profit du commissionnaire, lorsqu'après avoir

acheté en son propre nom pour le compte de son commettant, il a payé la marchandise. La justification de cette subrogation ne peut se trouver que dans la loi, c'est-à-dire dans l'article 1251 du Code civil. Si elle n'était pas justifiée par cet article, elle ne serait justifiée par rien. Voyons donc si cet article est applicable.

D'après MM. Delamarre et Lepoitvin, l'article 1251 serait dans l'espèce d'un créancier envers lequel deux ou plusieurs sont engagés solidairement, ou tenus subsidiairement les uns pour les autres, de telle sorte qu'il n'y aurait lieu de l'appliquer qu'autant que le créancier aurait au moins deux obligés. Cela n'est pas exact. L'article 1251 dit seulement que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. Or si, en parlant de celui qui est tenu avec d'autres, l'article 1251 suppose au moins deux obligés, il n'en est pas ainsi lorsqu'il parle de celui qui est tenu pour d'autres. Sans doute, dans ce cas il peut y avoir deux ou plusieurs obligés, par exemple un obligé principal et une caution; mais cet article embrasse aussi dans sa généralité le cas où le créancier, n'ayant qu'un seul débiteur direct, peut avoir des droits indirects et particuliers contre celui pour lequel le débiteur direct est tenu, droits dans lesquels ce débiteur direct peut se trouver subrogé par l'effet du payement qui désintéresse le créancier.

C'est ce qui a lieu relativement au commissionnaire qui, après avoir acheté des marchandises pour le compte de son commettant, les paye au vendeur: ce vendeur, il est vrai, n'avait aucune action directe contre le commettant en payement des marchandises achetées par le commissionnaire. Relativement au vendeur, le commissionnaire est le seul et véritable acheteur, mais ce vendeur avait, par application de l'article 1166 du Code civil, une action indirecte contre le commettant, tant que ce commettant n'avait pas lui-même payé le commissionnaire; et de plus, en cas d'expédition des marchandises vendues à l'adresse du commettant, il avait le droit de revendiquer ces marchandises si le destinataire venait

à faire faillite: l'article 576 du Code de commerce ne laisse aucun doute à cet égard. Le vendeur aurait eu ce droit contre le commissionnaire qui aurait fait faillite après que les marchandises lui auraient été directement expédiées; il doit également l'avoir contre le commettant, lorsque sur l'ordre du commissionnaire c'est au commettant qu'elles ont été expédiées. Lors donc que le commissionnaire, qui est tenu pour le commettant, puisque c'est pour le compte du commettant qu'il a acheté, a payé le vendeur, il se trouve au lieu et place de celui-ci, et par suite est subrogé dans l'action en revendication que le vendeur avait contre le commettant. Toutes les conditions voulues par l'article 1251 sont remplies, puisqu'on trouve ici un créancier, un débiteur et une personne qui est tenue pour ce débiteur. Que veut-on de plus pour justifier la subrogation qui, suivant la jurisprudence, s'opère au profit du commissionnaire?

En voilà bien long pour une question sur laquelle au fond tout le monde est d'accord; mais c'est peu d'être d'accord sur les conclusions, quand on n'est pas d'accord sur les principes et on a pu voir qu'ici il importait d'autant plus de fixer les principes légaux, qu'en les abandonnant pour se jeter dans l'arbitraire des coutumes et des usages, il n'y avait plus moyen de justifier en droit une subrogation dont il n'est pas possible de contester la convenance et l'utilité.

2162. C'est encore par application de l'article 1251 qu'il a été jugé que le commissionnaire qui reçoit des marchandises pour le compte d'un commettant, s'il fait l'avance des frais de voiture et de ceux dus au commissionnaire expéditeur, est subrogé légalement dans les droits du voiturier et du commissionnaire expéditeur, et a, par conséquent, pour le remboursement de ses avances, le même privilége qu'auraient eu le voiturier et le commissionnaire expéditeur eux-mêmes (1).

2163. On s'est demandé si, en matière d'assurances terrestres, l'assureur qui paye à l'assuré la valeur de l'édifice

(1) Cass., 7 déc. 1825, S., 8, 1, 476; D., 27, 1, 81.

incendié était subrogé de plein droit dans les actions de l'assuré contre les tiers responsables de l'incendie. Cette prétention des compagnies d'assurances a été à peu près unanimement repoussée par la doctrine (1) et par la jurisprudence (2). En effet, l'assureur est un tiers relativement aux personnes responsables de l'incendie. Il doit indemniser l'assuré en vertu d'un contrat spécial auquel les tiers responsables sont étrangers, de même qu'il est étranger à l'obligation et à la responsabilité qui pèse sur les voisins, les locataires et les fermiers (3). L'indemnité payée par l'assureur ne peut donc, sous aucun rapport, être considérée comme une dette dont il soit tenu avec d'autres ou pour d'autres. C'est sa dette personnelle qu'il paye à sa décharge, et non à la décharge des tiers responsables, auxquels ce payement ne profite que d'une manière indirecte, en faisant disparaître la cause de la responsabilité.

L'assureur ne pourrait même pas, ainsi que semble l'admettre un auteur (4), subordonner le payement de l'indemnité à une subrogation conventionnelle dans les droits de l'assuré contre les tiers responsables. Dès qu'il n'y a pas lieu d'admettre une subrogation légale, on ne peut admettre une subrogation conventionnelle forcée, qui équivaudrait à une subrogation légale (5).

Mais rien ne s'oppose à ce que l'assuré consente volontairement cette subrogation dans la quittance (6). Il peut même la consentir d'avance dans la police (7). Toutefois, dans ce dernier cas, c'est moins une subrogation proprement dite,

(1) Duranton, t. XII, n. 181; Grün et Joliat, *Des assur. terr.*, n. 294; M. Quesnaut, *Des assur.*, n. 326. — Voy. cependant Toullier t. XI, n. 175.

(2) Cass., 2 mars 1819, S., 9, 1, 240; D., 28, 1, 163.

(3) C. civ., art. 1733 et suiv.

(4) M. Quénault, n. 326.

(5) Cass., 1er déc. 1834, S., 35, 1, 148.

(6) Cass., 1er déc. 1846, S., 46, 1, 812.

(7) Cass., 1er déc. 1834, S., 35, 1, 148; 13 avril 1836, *ibid.*, 36, 1, 271; 24 nov. 1840, *ibid.*, 41, 1, 45; Paris, 12 mars 1841, *ibid.*, 41, 2, 538; et Amiens, 24 juill. 1841, *ibid.*, 45, 2, 93; M. Duvergier, *Du louage*, t. I, n. 418; M. Troplong, *Du louage*, t. II, n. 339; Grün et Joliat, n. 296; M. Quénault, n. 327.

que la cession d'un droit futur et éventuel ; cette cession est dès lors valable par elle-même, sans qu'il soit besoin de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1250 du Code civil, pour la validité de la subrogation conventionnelle (1).

2164. Il s'est encore présenté, en matière d'assurances terrestres, la question de savoir si l'indemnité due, en cas d'incendie d'un immeuble, au locataire qui a fait assurer son risque locatif, est dévolue par une sorte de subrogation au propriétaire de l'immeuble assuré, ou si elle est le gage commun de tous les créanciers du locataire assuré. La question a été jugée en ce dernier sens par la cour de cassation, le 20 décembre 1859 (2), par ce motif principal que l'assurance stipulée dans l'intérêt unique de l'assuré constitue une action qui fait partie de son actif et qui par conséquent est le gage commun de ses créanciers (3). Mais le contraire a été jugé par la cour de Paris, le 13 mars 1837 (4), par ce motif formulé d'une manière plus précise dans un jugement du tribunal de la Seine du 25 avril 1860, rendu sous ma présidence et confirmé en appel par la même cour, que l'assurance du risque locatif, par laquelle l'assureur s'oblige à répondre à la place de l'assuré du dommage éprouvé par les bâtiments loués, constitue un contrat ayant pour effet, au moyen d'une véritable délégation, d'attribuer au propriétaire le droit d'agir directement contre l'assureur qui s'est substitué vis-à-vis de lui aux obligations de l'assuré ; et que si, de ce que le propriétaire n'est pas partie au contrat d'assurance, on peut conclure que cette délégation est imparfaite et révocable tant que le propriétaire, au profit de qui elle est faite, ne l'a pas acceptée expressément ou tacitement, il n'est pas moins certain qu'elle devient parfaite par son acceptation et que cette acceptation résulte de l'intention par lui manifestée de profiter

(1) Cass., 24 nov. 1840, S., 41, 1, 45.
(2) S., 60, 1, 24.
(3) Voy. en ce sens M. Alauzet, *Des assur.*, t. II, n. 452 ; et MM. Goujet et Merger, *Dict.*, vº *Assur.*, n. 290.
(4) S., 37, 2, 370.

de la délégation faite à son profit, en agissant contre l'assureur à fin de payement du montant de l'assurance. C'est cette dernière opinion qui me paraît devoir être suivie comme seule conforme aux vrais principes de la matière en même temps qu'à l'équité (1).

2165. On doit décider de même pour l'assurance du risque des voisins qui est réputée stipulée au profit des voisins, de la même manière que le risque locatif est stipulé au profit du propriétaire (2).

2165 *bis*. Il s'est établi des compagnies d'assurances contre les faillites, qui s'obligent à rembourser au créancier assuré tout ou partie de la créance en cas de faillite du débiteur. La question s'est présentée de savoir si l'assureur qui a fait ce remboursement est subrogé légalement dans les droits du créancier assuré et remboursé contre le débiteur failli ; et un arrêt de la Cour d'Amiens du 31 décembre 1868 (3), s'est prononcé dans le sens de la négative, « attendu que la subrogation légale établie par l'article 1251 n'a lieu qu'autant que celui qui a acquitté la dette avait intérêt à la payer parce qu'il en était tenu avec ou pour d'autres ; que dans l'espèce il n'existe aucun lien commun à l'assureur et à l'assuré envers le débiteur ; que les obligations qu'ils ont contractées respectivement l'un vis-à-vis de l'autre sont étrangères à la dette de ce dernier et ne peuvent modifier sa situation à l'égard de l'assuré, qui ne cesse pas d'être créancier et de conserver tous ses droits ; que par conséquent le payement ne libérant pas le débiteur vis-à-vis de l'assuré, ne peut engendrer de subrogation légale.....

Cette solution est-elle juridique ? Je le crois malgré les critiques dont elle a été l'objet de la part de l'arrêtiste qui la rapporte (4). Il ne faut pas confondre le cautionnement, contrat accessoire, par lequel dans l'intérêt du débiteur une dette devient commune au débiteur principal cautionné et à la

(1) Voy. en ce sens M. Pouget, *Dict. des assur. terr.*, v° *Action directe*, n. 3, et v° *Privilége*, n. 2.

(2) Paris, 24 mars 1855, S., 56, 2, 157.

(3) D., 69, 2, 19.

(4) Voy. *ibid.*

caution qui s'oblige à satisfaire à l'obligation pour le cas où le débiteur n'y satisferait pas lui-même, et l'assurance, contrat principal, qui intervenant entre le créancier et l'assureur, dans l'intérêt du créancier, oblige l'assureur, non à satisfaire à l'obligation même du débiteur, mais à indemniser l'assuré du préjudice que lui cause l'inexécution par les débiteurs de l'obligation qu'il a contractée (1). L'assureur ne paye pas la dette du débiteur contre l'insolvabilité duquel le créancier a voulu se faire assurer : il paye sa dette personnelle. Dans cet état de choses, il n'y a donc pas matière à la subrogation légale; et l'assureur qui veut se réserver un recours contre le débiteur, lorsqu'en cas de sinistre, il a payé à l'assuré la somme assurée, doit, soit en contractant l'assurance se faire éventuellement céder les actions du créancier assuré contre son débiteur, soit se la faire céder d'une manière ferme et définitive au moment où il paye le montant de l'indemnité convenue. Si l'assureur ne prend pas cette précaution, l'assuré conserve le droit de se faire payer par son débiteur revenu à meilleur fortune; sauf à l'assureur à exercer une action en répétition contre l'assuré auquel il a payé une indemnité pour un préjudice qui en définitive n'existait pas.

2166. Il y a peu de chose à dire sur la subrogation légale qui s'opère en matière de lettres de change ou de billets à ordre au profit des codébiteurs solidaires, qui, en acquittant successivement le montant de l'effet, se trouvent investis, contre tous les obligés qui les précèdent, des droits des coobligés qui les suivent. C'est là un des effets de la solidarité particulière à laquelle sont soumis les signataires des obligations transmissibles par voie d'ordre, solidarité dont nous avons déjà expliqué la nature et les effets (2).

2167. Nous avons également, en traitant du payement en général, parlé de la subrogation légale qui s'opère au profit de celui qui paye une lettre de change par intervention (3); nous n'avons donc pas à y revenir ici.

(1) V. *inf.*, n. 2700 et suiv.
(2) Voy. *sup.*, n. 1987 et suiv.
(3) Voy. *sup.*, n. 2175 et suiv.

2168. Une seule question reste à examiner, c'est celle de savoir si celui à qui un effet de commerce a été transmis par la voie d'un simple endossement en blanc et qui, après l'avoir régulièrement négocié lui-même, en a remboursé la valeur au porteur faute de payement à l'échéance de la part du souscripteur, est, par l'effet de ce payement, subrogé aux droits du porteur, et peut en poursuivre le payement en son nom personnel contre le souscripteur et les endosseurs qui le précèdent.

La question n'est pas sans difficulté ; elle divise la jurisprudence, et la Cour de cassation elle-même ne s'est prononcée dans le sens de la subrogation qu'après avoir d'abord adopté l'opinon contraire (1).

Le doute provient de ce que l'endossement en blanc ne vaut que comme procuration, soit pour toucher, soit pour transmettre : d'où l'on peut conclure, dans le sens de l'opinion contraire à la subrogation, que celui qui, étant porteur d'un effet de commerce en vertu d'un endossement en blanc, l'a régulièrement transmis à un autre en vertu de son mandat, et qui ensuite, faute de payement à l'échéance, a été tenu de le rembourser, l'a remboursé en qualité de mandataire, de même que c'était en qualité de mandataire qu'il en avait reçu le montant; qu'il n'a dès lors d'autre action que celle qui résulte du mandat, et qu'il ne peut prétendre, soit à la subrogation qui s'opère aux termes de l'article 164 du Code de commerce au profit des endosseurs ordinaires, soit à celle qui, d'après l'article 159 du même Code, a lieu au profit du tiers bienveillant qui intervient pour le compte de l'un des signataires.

Mais à cela on peut répondre victorieusement que le mandat de toucher et de négocier qui résulte de l'endossement en blanc est accompli, lorsque, en suite de cet endossement, la lettre de change ou le billet à ordre a été négocié par un endossement régulier. Celui qui a commencé par être mandataire devient alors endosseur tenu de garantir en son

(1) Voy., pour la jurisprudence, le résumé placé en note d'un arrêt de la Cour de cassation du 20 février 1843, S., 43, 1, 401.

nom personnel le payement de l'effet qu'il a négocié, sans pouvoir se soustraire à cette garantie, sous prétexte qu'il n'a agi qu'en qualité de mandataire (1). Dès qu'il est tenu en son nom personnel, c'est en son nom personnel qu'il rembourse; c'est donc en qualité d'endosseur, et non en qualité de mandataire; d'où la conséquence naturelle et inévitable qu'il peut prétendre à la subrogation légale qui s'opère au profit de tout endosseur (2).

2169. La subrogation conventionnelle ou légale a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs, c'est-à-dire qu'elle confère au subrogé tous les droits qui appartenaient au créancier, tant sur les choses que contre les personnes (3).

2170. Du reste, elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie. Dans ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui reste dû, par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'un payement partiel (4). Ainsi, en matière d'assurances terrestres, si l'assuré qui a subrogé l'assureur dans ses droits contre les tiers responsables de l'incendie restait à découvert après le payement de l'indemnité, il conserverait tous ses droits contre l'auteur du dommage, et pourrait les exercer de préférence à l'assureur, jusqu'à l'entière réparation des dommages qu'il aurait soufferts.

§ III. — *De l'imputation de payement.*

SOMMAIRE. — 2171. Ce que c'est que l'imputation de payement. Imputation conventionnelle. Stipulée par le débiteur. — 2172. Le payement ne peut être imputé sur le capital de préférence aux intérêts, sans le consentement du créancier. — 2172 *bis*. De l'imputation en matière de faillite. — 2173. Imputation faite par le créancier. — 2174. Imputation légale. Concours entre dettes échues et dettes non échues. — 2175... Entre dettes pareillement échues, mais de natures diverses. Dettes commerciales; lettres de crédit; solidarité. — 2176. Dettes sociales. — 2177. Concours entre des dettes plus ou moins anciennes. Intérêt; capital. — 2178. De

(1) Cass., 1er déc. 1829, S., 9, 1, 398.

(2) Cass., 20 fév. 1843, S., 43, 1, 401; 12 nov. 1845, *ibid.*, 48, 1, 71. — Voy. aussi le rapport de M. le conseiller Mesnard, lors du premier des arrêts précités.

(3) C. civ., 1252.

(4) *Ibid.*

l'imputation en matière de comptes courants. — 2178 *bis*... en matière de dividende. — 2179. Imputation de ce qui est indûment payé sur ce qui est dû ; intérêts non dus.

2171. Le payement éteint la dette; mais quand le débiteur de plusieurs dettes n'en paye qu'une seule, ou, ce qui revient au même, quand la somme par lui payée n'est pas égale au total réuni de toutes ses dettes, alors se présente la question de savoir à quelle dette s'applique le payement, quelle est la dette éteinte, et quelles sont les dettes qui subsistent.

On appelle imputation de payement, l'application qui est faite d'un payement à une dette plutôt qu'à une autre.

L'imputation de payement est conventionnelle ou légale : elle est conventionnelle, quand elle est stipulée par le débiteur au moment où il paye, ou indiquée par le créancier dans la quittance qu'il donne au débiteur; elle est légale, quand elle est faite par la loi, à défaut de celle que le débiteur et le créancier auraient pu faire.

C'est d'abord au débiteur qu'il appartient de diriger le payement sur telle dette plutôt que sur telle autre. Le débiteur de plusieurs dettes, dit l'article 1253 du Code civil, a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter. Et comme il est le maître de l'emploi de ses derniers, il n'a pas besoin du consentement du créancier pour que cette imputation soit parfaite et définitive. Il suffit pour cela que la dette sur laquelle l'imputation est dirigée soit échue, ou, si elle n'est pas échue, que le terme ne soit pas stipulé en faveur du créancier (1).

2172. Toutefois, le débiteur d'une dette qui porte intérêts ou qui produit des arrérages ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il fait sur le capital, par préférence aux arrérages ou intérêts; le payement fait sur le capital et les intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts (2). Il faut sans doute pour cela que les intérêts soient échus ; mais il n'est pas nécessaire

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1869 et suiv.
(2) C. civ., 1254. Voy. *inf.*, n. 2177 et 2179.

qu'ils soient liquidés, c'est-à-dire que le compte en ait été arrêté d'avance (1), parce que ce compte peut toujours être fait, et qu'il suffit, pour que la dette soit certaine, que le taux des intérêts puisse être déterminé, soit par la convention, soit par la loi (2).

2172 *bis*. Toutefois la règle de l'article 1244 du Code civil, d'après laquelle le payement partiel s'impute d'abord sur les intérêts, n'est pas applicable en matière de faillite. L'article 445 du Code de commerce contient à cet égard des dispositions qui ont dérogé à celles du Code civil.

Nous avons vu (3) qu'aux termes de cet article 445, le jugement déclaratif de faillite arrête, à l'égard de la masse, le cours des intérêts de toutes créances non garanties par un privilége, par unnantissement ou par une hypothèque, et que les intérêts des créances garanties ne peuvent être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilége, à l'hypothèque ou au nantissement.

Il résulte de là d'abord que les intérêts des créances non garanties par un privilége, par un nantissement ou par une hypothèque étant arrêtés par le jugement de déclaration de faillite, il ne peut plus être question d'imputation à l'égard des intérêts postérieurs au jugement déclaratif. Néanmoins comme c'est seulement vis-à-vis de la masse que l'article 445 arrête le cours des intérêts, il en résulte que si par une circonstance quelconque les créanciers viennent à recouvrer contre leur débiteur l'exercice de leurs droits, ils pourront lui opposer les règles d'imputation qu'ils n'auraient pu opposer à la masse.

(1) Voy. cependant Cass., 18 janv. 1832, S., 33, 74.

(2) *Demum quoad solutiones simpliciter factas a debitore, prætendebatur eas cedere in extinctionem sortis et non prius in causam fructuum, sive interesse, quia illud erat illiquidum minusque in certa quantitate, sed in genere tantum a principio promissum. Sed removebatur objectum advertendo quod allata ex adverso conclusio bene procedit in casu quo interesse esset illiquidum et incertum quoad substantiam, seu illius veritatem; secus quando est certum in substantia, incertum tantum in quantitate, quia cum soleat illud quoad quantitatem habere aliquam certam ac generalem determinationem a consuetudine loci, vel tribunalis, debet quoad hunc effectum pro certo reputari.* (Casaregis, *Disc.* 120, n. 25.)

(3) V. t. III, n. 1690.

L'article 445 a une autre conséquence moins immédiate, mais qui ne se dégage pas moins de son texte et de son esprit. Cet article ne fait pas cesser le cours des intérêts des créances garanties par un privilége, un nantissement ou une hypothèque ; et il veut que les intérêts de ces créances ne puissent être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilége, au nantissement, ou à l'hypothèque. Il suit de là sans doute qu'entre les créanciers privilégiés et hypothécaires et quand il s'agit du règlement de leurs droits respectifs, il y a lieu de suivre la règle d'imputation établie par l'article 1254 du Code civil, et que les payements effectués avec des sommes provenant des biens affectés au privilége, à l'hypothèque ou au nantissement, doivent s'imputer d'abord sur les intérêts. Mais lorsqu'il s'agit du règlement des droits hypothécaires ou privilégiés, vis-à-vis de la masse, en cas d'insuffisance des sommes provenant de ces biens, les payements faits aux créanciers hypothécaires ou privilégiés doivent s'imputer d'abord sur le capital de leurs créances, parce que, s'il en était autrement la masse chirographaire se trouverait grevée d'une portion de capital accrue de tous les intérêts soldés au moyen de l'imputation, ce qui serait lui faire indirectement supporter des intérêts dont, en ce qui la concerne, le jugement déclaratif de faillite a arrêté le cours. C'est ce qui a été jugé avec beaucoup de raison par la Cour de cassation le 17 novembre 1862 (1).

2173. Quand, en payant, le débiteur ne déclare pas quelle dette il entend payer, le créancier entre en possession du droit de faire lui-même l'imputation. Cette imputation doit être faite par le créancier dans la quittance qu'il donne au débiteur ; et lorsque le débiteur a accepté la quittance qui fait l'imputation de ce qu'il a payé sur l'une des dettes spécialement, il ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier (2).

2174. C'est seulement quand la quittance ne porte aucune

(1) S., 63, 1, 205. V. dans le même sens Lyon, 30 août 1860, S., 62, 2, 126.
(2) C. civ., 1255.

imputation, soit de la part du débiteur, soit de la part du créancier, qu'il y a lieu de recourir à l'imputation légale. Dans ce cas, aux termes de l'article 1256 du Code civil, le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt à acquitter entre celles qui sont pareillement échues, sinon sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point. — Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

L'intérêt présumé du débiteur, telle est donc la règle en matière d'imputation légale; et cet intérêt dirige nécessairement le payement sur la dette échue, de préférence à la dette qui ne l'est pas, et, entre plusieurs dettes pareillement échues, sur celle qui est la plus onéreuse, ou, si elles sont de même nature, sur la dette la plus ancienne.

Quand donc le concours n'a lieu qu'entre plusieurs dettes dont l'une est échue, tandis que les autres ne le sont pas, il n'y a aucun compte à tenir de la nature ou de l'origine des dettes différentes : la question n'est plus qu'une affaire d'échéance ou d'exigibilité.

2175. Mais quand plusieurs dettes sont échues, et qu'il s'agit de déterminer quelle est la plus onéreuse, ou, ce qui revient au même, celle que le débiteur a le plus d'intérêt à acquitter, la question peut quelquefois n'être pas sans difficulté ; cependant, en général, on doit considérer comme plus onéreuse toute dette qui entraîne des moyens d'exécution plus rigoureux ou plus efficaces que les dettes ordinaires. Telles sont les dettes à raison desquelles le débiteur est soumis à la contrainte par corps, ou qui sont garanties par une hypothèque. Par conséquent une dette commerciale doit être considérée comme plus onéreuse qu'une dette purement civile (1).

On doit encore considérer une dette personnelle au débiteur comme plus onéreuse que celle pour laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres.

Ainsi, lorsque le porteur d'une lettre de crédit, après en

(1) Paris, 1er fév. 1859, S., 59, 2, 511.

avoir touché le montant, a fait au payeur le versement de diverses sommes, ce payement doit, dans le cas où le payeur de la lettre de crédit se trouverait avoir contre le porteur une créance personnelle, être imputé sur cette créance personnelle avant d'être appliqué au remboursement du crédit (1).

Ainsi encore, le payement fait par le débiteur de deux dettes, dont l'une est solidaire avec un autre codébiteur, doit être imputé sur la dette personnelle au débiteur qui fait le payement, plutôt que sur la dette solidaire (2).

2176. De même, les payements faits par le liquidateur d'une société qui se trouve être en même temps débiteur personnel d'un créancier de la société, doivent, à défaut de stipulation contraire, s'imputer sur la dette personnelle par préférence à la dette de la société (3).

Par la même raison, les payements faits par un associé, qui est débiteur en son nom personnel d'un créancier de la société, doivent être imputés sur la créance personnelle au débiteur plutôt que sur la créance sociale. Toutefois, il peut résulter des circonstances dans lesquelles le payement a été fait que l'associé a entendu acquitter la dette sociale, et alors il ne serait pas recevable à prétendre imputer plus tard ce payement sur sa dette personnelle (4).

On trouve au surplus une règle particulière à l'imputation en matière de société dans l'article 1848 du Code civil, qui prévoit le cas où le débiteur d'un associé est en même temps débiteur de la société. Alors, quand les deux dettes sont également exigibles, le payement fait par le débiteur doit s'imputer sur la créance de la société et sur celle de l'associé, dans la proportion des deux créances, encore que l'associé eût par sa quittance dirigé l'imputation sur sa créance particulière; mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation est exécutée.

(1) Bordeaux, 30 nov. 1830, S., 31, 2, 167.
(2) Cass., 8 fév. 1832, S., 32, 1, 184; D., 32, 1, 253.
(3) Rouen, 10 juin 1835, S., 35, 2, 361.
(4) Cass., 19 avril 1841, S., 41, 1, 631.

2177. L'ancienneté de la dette n'est à considérer que lorsque les dettes sont d'égale nature. Dans ce cas, la somme payée s'impute en entier sur la dette la plus ancienne, d'abord sur les intérêts, si elle en produit, ensuite sur le capital. On ne pourrait imputer les payements sur les intérêts de la dette la plus récente, de préférence au capital d'une dette plus ancienne. L'article 1254 du Code civil, qui veut que le payement s'impute sur les intérêts de préférence au capital, n'est relatif qu'au cas où il y a concours entre le capital et les intérêts d'une même dette, et non à celui où le concours existe entre deux dettes dont l'une est préférable à l'autre soit par sa nature, soit par sa date. *Solutio facta per eum qui ad duo debita cum usuris tenetur*, dit à ce sujet Casaregis (1), *prius cedered debet in extinctionem usurarum crediti antiquioris, vel ejus crediti pro quo solverit, et quod solutis usuris supererit, in extinctionem pariter prius sortis earumdem usurarum prius solutarum, non vero in extinctionem usurarum alterius debiti.*

2178. Les règles qui précèdent sur l'imputation légale ne sont pas applicables en matières de comptes courants, notamment la règle d'après laquelle les payements s'imputent sur la dette la plus onéreuse ou la plus ancienne. On ne peut donc extraire d'un compte courant certaines dettes pour y imputer telle où telle remise, lorsqu'il n'y a eu aucune affection spéciale de cette remise, au moment où elle a été faite, à une dette déterminée (2). Cette différence entre les dettes résultant d'un compte courant et les dettes ordinaires provient de ce que les remises, réciproquement faites par compte courant, ne sont pas des payements, mais des prêts, des avances ou des remises, ainsi que je l'ai déjà expliqué de manière à n'avoir pas à y revenir ici (3).

Il y a plus : il en est ainsi même à l'égard d'un tiers qui a

(1) Cass., 19 avril 1841, S., 50, n. 51.

(2) Cass., 15 mars 1827, S., 39, 2, 297 ; Bordeaux, 8 avril 1842, S., 42, 2, 402 ; Cass., 17 janv. 1849, S., 49, 1, 229, et Rouen, 17 janv. 1849, *ibid.*, 50, 2, 138 ; MM. Bravard et Demangeat, t. II, p. 443. — Voy. aussi Cass., 11 déc. 1848, S., 49, 1, 115. — En sens contraire, Cass., 3 avril 1839, S., 39, 1, 257.

(3) Voy. *sup.*, t. II, n. 1300.

garanti ou cautionné l'une des dettes entrant dans le compte courant. Sous ce rapport, le tiers doit suivre la condition du débiteur, et il est dès lors obligé jusqu'à concurrence de la dette cautionnée par le solde définitif du compte courant, sans qu'il puisse prétendre que cette dette a été particulièrement payée par les remises qui ont suivi son cautionnement, s'il n'y a eu convention ou affectation spéciale à cet égard (1).

M. Devilleneuve (2) trouve que cette décision fait grave difficulté : je ne saurais partager cet avis. Dès qu'on admet en principe que des remises faites en compte courant ne sont pas des payements, mais des prêts réciproques, et, par suite, qu'il n'y a pas lieu à imputation légale de ces remises l'une sur l'autre, puisque l'imputation suppose nécessairement un payement, je ne vois pas comment, relativement à la caution, elles pourraient avoir un autre caractère que relativement au débiteur principal. Le sort de la caution est lié au sort du débiteur principal, et l'adjonction d'une caution ne peut, par elle-même, changer la nature du contrat dans lequel la caution intervient. Sans doute, au moment où une remise est faite, une imputation conventionnelle peut la diriger sur une des dettes qui sont entrées dans le compte courant, et par conséquent sur la dette cautionnée; alors la remise, ainsi dirigée, perd, par cette imputation, son caractère de remise, et n'entre pas dans le compte courant duquel sort la dette à laquelle elle est affectée. Mais c'est là une dérogation aux effets ordinaires du compte courant, et il faut dès lors une convention pour la produire aussi bien à l'égard de la caution qu'à l'égard du débiteur principal (3).

2178 *bis*. Ces règles sur l'imputation légale des payements, qui reposent sur une présomption de volonté, cessent également d'être admissibles lorsque le payement exclut, par sa nature même, toute imputation particulière et comporte une applica-

(1) Bordeaux, 8 avril 1842, S., 42, 2, 402; Cass., 17 janv. 1849, *ibid.*, 49, 1, 229. — Voy. aussi Cass., 16 déc. 1851, S., 55, 1, 105.

(2) Sur l'arrêt ci-dessus cité de la cour de Bordeaux.

(3) Voy. les conclusions de M. le président Nicias Gaillard, alors avocat général, sur l'arrêt précité du 17 janvier 1849, S., *loc. cit.*

tion proportionnelle à toutes les dettes du débiteur pour distinction. C'est ce qui a lieu par exemple, en matière de faillite, lorsque le payement consiste en un dividende de tant pour cent sur le chiffre total des créances réunies. Dans ce cas la somme touchée par le créancier s'impute sur chacune de ses créances, proportionnellement à son chiffre (1).

2179. Remarquons, en terminant, que ce qui est payé par erreur pour une dette qui n'existe pas s'impute de plein droit sur la dette qui existe : *Solutum in unam causam omnino indebitam, imputari ipso jure debet in alteram causam debitam* (2). Ainsi, ce qui est payé pour des intérêts qui ne sont pas dus doit s'imputer sur le capital. *Regula est quod usurarum solutiones ipso jure cedunt in extinctionem sortis, nisi accipiens probet illas fuisse vere debitas* (3).

Il y a plus : ce qui est expressément payé pour des intérêts qui ne sont pas dus doit s'imputer sur le capital de la dette, et non sur les intérêts d'une autre dette qui en serait productive : il y a là une imputation conventionnelle qu'on ne peut transporter d'une dette sur une autre. *Solutiones factæ in causam fructuum unius capitalis non fructiferi imputari non debent in causam fructuum sive interesse alterius crediti diversi, sed in extinctionem ejusdem capitalis pro quo fuerunt dicti fructus soluti* (4).

§ IV. — *Des offres de payement et de la consignation.*

SOMMAIRE. — 2180. Le débiteur peut contraindre le créancier à recevoir le payement, au moyen d'offres réelles suivies de consignation. — 2181. Des offres réelles et de la consignation quand la chose due est une somme d'argent. — 2182... En matière d'effets négociables. — 2183... Quand la chose due est un corps certain. — 2184... Quand elle n'est déterminée que par son espèce. — 2185. Frais des offres réelles et de la consignation.

2180. De même que le créancier a le droit d'exiger le payement, de même aussi le débiteur a le droit de contraindre le

(1) Cass., 12 février 1868, D., 68, 1, 501.
(2) Casaregis, *Disc.* 50, n. 53.
(3) *Ibid.*, *Disc.* 28, n. 58 ; et *Disc.* 148, n. 43.
(4) Casaregis, *Disc.* 50, n. 10.

créancier à le recevoir : la libération est dans l'intérêt des deux parties.

Lors donc que le créancier refuse de recevoir son payement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte. Les offres réelles, suivies d'une consignation, libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard de payement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier (1).

Les règles relatives à la forme des offres réelles et de la consignation varient suivant la nature de la chose due.

2181. Lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, la forme des offres est déterminée par l'article 1258 du Code civil. D'après cet article, pour que les offres réelles soient valables, il faut 1° qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a capacité de recevoir pour lui (2) ; 2° qu'elles soient faites par une personne capable de payer; 3° qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés ou d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à parfaire ; 4° que le terme soit échu s'il a été stipulé en faveur du créancier ; 5° que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée ; 6° que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le payement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement, elles soient faites à la personne du créancier ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention (3) ; 7° que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes. — Si le créancier n'accepte pas les offres, la somme offerte doit être consignée dans un dépôt public ayant qualité pour la recevoir : à Paris, à la Caisse des dépôts et consignations, et, dans les départements, à la caisse des receveurs généraux et des receveurs particuliers des finances (4).

(1) C. civ., 1257.

(2) Par conséquent aux syndics, quand le créancier est en état de faillite.

(3) *Debitor tenetur accedere ad domum creditoris pro solutione seu consignatione faciendâ*. Rote de Gênes, décis. 144, n. 4.

(4) Ordonnance des 28 avril, 22 et 3 juillet 1816.

Ces offres réelles, suivies de consignation, valent payement, ainsi que nous l'avons vu tout à l'heure. Toutefois, tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer, et, s'il la retire, ses codébiteurs et ses cautions ne sont pas libérés (1). Mais lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs et de ses cautions (2) ; le créancier qui y consent perd les priviléges et hypothèques attachés à sa créance, et il n'a plus hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée a été revêtu des formes requises pour emporter hypothèque (3).

2182. Cette forme d'offres réelles, soit au domicile réel ou élu, soit à la personne du créancier, suppose que le créancier est connu, et que le débiteur qui veut se libérer sait à qui il doit payer. Mais il peut arriver, surtout en matière commerciale, que le créancier soit inconnu : c'est ce qui a lieu pour les obligations transmissibles par voie d'ordre, qui doivent être payées à un porteur qui est ou qui peut être inconnu. Dans ce cas, si le porteur connu ou inconnu ne s'est pas présenté dans les trois jours qui ont suivi l'échéance, le débiteur est autorisé, par un décret du 5 thermidor an III, à déposer la somme due entre les mains du receveur de l'enregistrement, dans l'arrondissement duquel l'effet est payable, sans être préalablement tenu de les offrir réellement. Ce décret a été rendu à l'occasion de circonstances particulières, auxquelles le cours forcé des assignats avait donné naissance, et dans l'intérêt des débiteurs d'effets négociables dont les porteurs, pour ne pas recevoir leur payement en assignats dépréciés, ne se présentaient pas à l'échéance, et attendaient un moment plus avantageux pour demander leur remboursement. Cependant, comme il repose en définitive sur ce prin-

(1) C. civ., 1261.
(2) *Ibid.*, 1262.
(3) *Ibid.*, 1263.

cipe général que tout débiteur a le droit de se libérer, sans être tenu d'attendre qu'il convienne au créancier de recevoir, il n'a pas cessé d'être en vigueur (1), et il a survécu aux circonstances qui en ont été l'occasion sans en être le motif fondamental. Il a été d'ailleurs formellement maintenu par l'article 2 de l'ordonnance du 3 juillet 1816 sur la Caisse des dépôts et consignations.

Et même, avant cette ordonnance, les tribunaux n'ont jamais reculé devant l'application de ce décret, soit pour juger qu'il pouvait être invoqué par les non-commerçants, aussi bien que par les commerçants (2), soit pour reconnaître qu'il s'appliquait à tous effets négociables quelle qu'en fût la cause, et aux porteurs étrangers comme aux porteurs nationaux (3) ; soit pour décider que le décret du 6 thermidor an III, qui ne permet de consigner que trois jours après l'échéance de l'effet, ne défend pas de consigner postérieurement au délai de trois jours (4) ; soit enfin pour juger qu'il n'est pas nécessaire que le débiteur de plusieurs effets de commerce fasse autant d'actes de dépôts qu'il a de billets différents (5).

Toutefois, il est à remarquer qu'aujourd'hui la consignation, autorisée par le décret du 6 thermidor an III, doit être faite, non pas, comme le porte ce décret, entre les mains du receveur de l'enregistrement, mais à la Caisse des dépôts et consignations organisée par la loi du 28 avril 1816. Au moment où ce décret a été rendu, il n'y avait pas de caisse publique préposée à la réception des dépôts volontaires; et on s'explique dès lors comment les receveurs de l'enregistrement ont été désignés pour en remplir l'office. Mais aujourd'hui cette caisse seule a qualité pour recevoir les dépôts faits par les particuliers; et les dépôts faits en exécution du décret du 6 thermidor III se trouvent d'ailleurs formellement rappelés par l'article 2 de l'ordonnance du 3 juillet 1846, parmi ceux

(1) Pardessus, n. 814.

(2) Cass., 13 brum. an X, S., 1, 1, 349; D., 6, 556.

(3) Cass., 5 oct. 1814, S., 4, 1, 613 ; D., 6, 553.

(4) Cass., 3 brum. an VIII, S., 1, 1, 263; D., 6, 553; et 12 fév. 1806, S., 2, 1, 215; D., *ibid.*

(5) Cass., 12 fév. 1806, *ibid.*

qui doivent être reçus à la Caisse des dépôts et consignations.

2183. Si la chose due est un corps certain qui doive être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci peut obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans un autre lieu (1).

Si le corps certain devait être livré dans un autre lieu que celui où il se trouve, le débiteur commencerait par en effectuer le transport dans le lieu indiqué pour la livraison, et procéderait ensuite comme il vient d'être dit pour le cas où la chose doit être livrée au lieu où elle se trouve.

2184. Si la chose n'est déterminée que par son espèce, ce qui a lieu le plus ordinairement dans les ventes de marchandises et de denrées, le débiteur doit l'individualiser par la sommation et procéder comme s'il s'agissait d'un corps certain.

On peut voir au surplus ce que nous avons dit sur ces différentes hypothèses, en traitant de l'obligation de donner, de la délivrance, de la conservation et des risques de la chose due, et de la demeure sous le rapport des risques (2).

2185. Dans tous les cas, les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables (3).

§ V. — *De la cession de biens.*

SOMMAIRE. — 2186. Ce que c'est que la cession de biens. Cession de biens volontaire. — 2187. Cession de biens judiciaire. — 2188. La cession de biens judiciaire n'est pas admise en matière commerciale et de faillite. *Quid*, de la cession volontaire ? Concordats par abandon. — 2189. De l'abandon du navire et du fret.

2186. La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers lorsqu'il est hors d'état de payer ses dettes (4).

(1) C. civ., 1264. Voy. *sup.*, t. III, n. 1836.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1631 et suiv.
(3) C. civ. 1260 ; décret du 6 therm. an III, art. 6.
(4) C. civ., 1265.

Il y a deux sortes de cessions de biens : la cession de biens volontaire, et la cession de biens judiciaire (1).

La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et leur débiteur (2). C'est une sorte de dation en payement qu'il est toujours permis au débiteur de proposer, et aux créanciers d'accepter ou de refuser.

2187. La cession de biens judiciaire, dont l'effet principal est d'opérer la décharge de la contrainte par corps (3), est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire (4), et malgré le refus de ces créanciers (5).

2188. Avant qu'une législation particulière eût réglé l'état et les droits des insolvables, le bénéfice de cession était le seul refuge ouvert aux débiteurs malheureux. Mais ce bénéfice, créé par le droit romain (6), développé et largement appliqué au moyen âge (7), maintenu en France parallèlement au droit particulier des faillites, soit par l'ordonnance de 1673, soit par le Code de commerce de 1808, a été supprimé en matière commerciale par l'article 541 de la loi sur les faillites, du 28 mai 1838, aux termes duquel aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de la cession de biens.

A une époque déjà reculée, Balde (8) et Straccha (9) avaient discuté la question de savoir si le failli devait jouir du bénéfice

(1) C. civ., 1266.
(2) *Ibid.*, 1267.
(3) *Ibid.*, 1270.
(4) *Ibid.*, 1268.
(5) *Ibid.*, 1270.
(6) La cession judiciaire remonte à Jules César qui l'introduisit par la loi *Julia*. Voy. au *Digeste* le titre *De cessione bonorum*; au Code, le titre *Qui bonis cedere possunt*.
(7) Voy. Mathæus Brunus, *De cessione bonorum*.
(8) L. 1, n. 8, au Code, *Qui bonis cedere possunt*; et cons. 400.
(9) *De decoct.*, part. III, n. 9.

de cession. Les distinctions qu'ils avaient proposées ne pourraient plus être admises aujourd'hui. La loi nouvelle n'a pas voulu compliquer la position du failli et de ses créanciers par le concours de deux procédures simultanées, soumises à des règles diverses et contraires, dont l'une pouvait paralyser les effets de l'autre, et qui étaient soumises à des juges différents, la faillite s'instruisant devant les tribunaux de commerce, et la cession de biens ressortissant aux tribunaux civils (1). Un commerçant qui se trouve au-dessous de ses affaires, fût-il malheureux et de bonne foi, ne peut donc contraindre ses créanciers à accepter la cession de ses biens. Mais la prohibition de l'article 541 du Code de commerce doit s'entendre seulement de la cession de biens judiciaire. Rien n'empêche les créanciers, avant la faillite de leur débiteur, d'accepter volontairement l'abandon qu'il leur fait de ses biens, et, après la faillite, de faire de cet abandon une des conditions du concordat. C'est, dans l'un et l'autre cas, un contrat parfaitement licite, et dont les effets dépendent des conventions des parties (2). Cette faculté a d'ailleurs été régularisée par une loi du 17 juillet 1856 qui, en autorisant le concordat par abandon de l'actif total ou partiel du failli, a fait cesser tous les doutes qui auraient pu s'élever sur ce point.

2189. Du reste, il y a une sorte de cession de biens judiciaire ou forcée qui est formellement autorisée par le droit commercial maritime. Aux termes de l'article 216 du Code de commerce, modifié par la loi du 14 juin 1841, les propriétaires de navires qui sont civilement responsables des faits du capitaine, et tenus des engagements contractés par ce dernier pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition, peuvent dans tous les cas s'affranchir de ces obligations par l'abandon du navire et du fret. Toutefois, la faculté de faire abandon n'est point accordée à celui qui est en même temps capitaine et propriétaire, ou copropriétaire du navire.

(1) C. proc., 899 ; Pardessus, n. 1330.
(2) Cass., 18 avril 1849, S., 49, 1, 497.

SECTION II. — DE LA NOVATION.

SOMMAIRE. — 2190. Définition de la novation ; novation conventionnelle ; novation judiciaire. — 2191. Diverses manières d'opérer la novation ; novation objective ; novation subjective. — 2192. Conditions de la novation ; obligation antérieure ; nulle ; annulable ; rescindable ; naturelle. Exemple emprunté à la faillite. — 2193. Effets de la novation. Capacité nécessaire pour la consentir. Mandataires ; créanciers solidaires. — 2494. La novation ne se présume pas. Comment doit-elle ou peut-elle être exprimée ? — 2195. Novation objective... Elle résulte de l'incompatibilité entre les deux obligations. — 2196... De la substitution d'un nouveau titre à l'ancien, ou d'une prestation à une autre. — 2197. Une créance originairement commerciale devient-elle civile par cela seul qu'elle est reconnue par acte notarié ? — 2198. Novation résultant d'un concordat. — 2199... De la vérification et de l'admission des créances au passif d'une faillite. — 2199 *bis*. Effets de la novation résultant du concordat. — 2200... Du concours d'un créancier hypothécaire ou privilégié à un concordat. — 2201... De la reconnaissance par acte séparé du montant échu d'une lettre de change. — 2202... De l'obligation nouvelle souscrite pour les intérêts échus d'un capital. — 2203... De l'acceptation de lettres de change ou de billets à ordre en payement ou en règlement d'une somme due, ou d'un prix de vente. Hypothèses diverses. — 2204. *Quid*, du cas où le créancier, en recevant les lettres de change ou les billets, a donné quittance de la somme due ? — 2205. *Quid*, s'il s'agit d'un prix de vente faite au comptant ou d'une dette échue ? — 2205 *bis*. De l'autorisation de tirer une lettre de change en payement d'une dette civile. — 2206... Des billets donnés en renouvellement de billets antérieurs. — 2206 *bis*... En matière d'ouverture de crédit. — 2207... De la retraite et du rechange. — 2208... D'un *bon* ou simple mandat donné sur un tiers. — 2209. De la novation subjective par la substitution d'un créancier à un créancier. — 2210. L'indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui n'opère pas novation. — 2211. La cession d'une créance n'opère pas novation ; il en est de même de la cession par voie d'endossement. — 2212. La lettre de change emporte-t-elle novation au moyen d'une substitution du preneur dans les droits du tireur contre le tiré ? — 2213. *Quid*, du cas où le tiré passe la traite au crédit du preneur ? — 2214. La subrogation n'emporte pas novation par la substitution d'un créancier à un autre. — 2215. Novation subjective par la substitution d'un débiteur à un autre... Expromission. — 2216. Substitution de la masse de la faillite au failli, comme débitrice d'un vendeur non payé. — 2217. Substitution du tiré au tireur, ou du tireur au tiré, comme débiteurs uniques du porteur. Comment s'opère cette substitution. Prorogation de délais ; comptes courants. — 2218. De la délégation. Quand emporte-t-elle novation ? — 2219. Une lettre de change suppose-t-elle une délégation emportant novation ? — 2220. Effets de la novation. — 2221. Ces effets sont-ils subordonnés à ceux de l'obligation nouvelle ? Distinctions. — 2222. Insolvabilité du débiteur délégué. — 2223. Effets de la novation relativement aux cautions et aux codébiteurs solidaires.

2190. En matière d'obligations conventionnelles, la novation est le changement ou la transformation d'une obligation en une autre, par l'effet d'une convention qui éteint l'ancienne obligation pour la remplacer par une nouvelle. Cette substitution d'une obligation à une autre, étant le résultat d'une convention qui exige pour sa perfection le consentement réciproque des parties, a fait attribuer à la novation qu'elle produit le nom de novation *volontaire*, par opposition à la novation *judiciaire* ou *forcée* résultant d'un jugement de condamnation, dans lequel la partie qui obtient gain de cause trouve un titre nouveau et exécutoire (1). Nous ne nous occuperons ici que de la novation volontaire ou conventionnelle.

2191. Aux termes de l'article 1271 du Code civil, la novation s'opère de trois manières : 1° lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ; 2° lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier ; 3° lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

En d'autres termes, la novation s'opère, soit par un changement qui affecte le fond ou la forme de l'obligation, soit par un changement dans la personne des parties contractantes : dans le premier cas, la novation est objective ; dans le second, elle est subjective. Du reste, une novation peut être à la fois objective et subjective, puisque rien ne s'oppose à ce qu'il y ait un changement dans l'obligation, en même temps qu'il y a un changement dans la personne des parties qui peuvent s'en prévaloir, ou auxquelles elle peut être opposée.

2192. La novation, étant la transformation d'une obligation ou la substitution d'une obligation à une autre, suppose nécessairement une obligation antérieure qui sert de cause à l'obligation nouvelle. Il suit de là que, si la première obligation est éteinte au moment où la seconde est contractée, on ne peut dire qu'il y ait novation, et la seconde obligation n'est

(1) Cujas, sur la loi 3, *Ad senatusconsult. Velleian.* — Voy. aussi M. Merlin, *Répert.*, v° *Novation*, § 2.

valable que si elle peut se soutenir par une cause qui lui soit propre, sans avoir besoin de puiser sa raison d'être dans l'obligation antérieure.

Par la même raison, une obligation qui serait radicalement nulle, soit pour défaut de cause, soit parce qu'elle serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, soit parce qu'elle aurait pour objet une chose hors du commerce (1), ne pourrait servir de prétexte à une novation ; la seconde obligation serait nulle comme la première, à l'existence ou à la validité de laquelle elle est nécessairement subordonnée.

Mais si la première obligation était seulement annulable ou rescindable, elle pourrait être validée par une novation, parce que la seconde obligation devrait être considérée, soit comme une ratification de la première, soit comme une renonciation aux nullités dont elle serait affectée.

De ce que l'effet de la novation ou de la seconde obligation est subordonné à l'existence ou à la validité de la première, il suit encore que si la première obligation est conditionnelle, la seconde le sera également ; en d'autres termes, il n'y aura novation que si la condition se réalise, puisque c'est de l'événement de la condition que dépend la première obligation, de laquelle, à son tour, dépend la seconde. Mais rien ne s'opposerait à ce que, par une convention particulière, les parties, en faisant novation, rendissent la seconde pure et simple, bien que la première fût conditionnelle.

Du reste, la novation est valable quoique la première dette et la dette qui lui est substituée ne soient pas de même nature ; ainsi, par le moyen de la novation, une obligation naturelle peut devenir une obligation civile, et une obligation civile peut devenir une obligation naturelle. *Non interest qualis præcessit obligatio, seu civilis, seu naturalis : qualiscumque sit novari potest, dummodo sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter* (2). Par exemple, le concordat par lequel une remise partielle est faite à un failli opère novation

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1536.

(2) L. I, § 1, ff. *De novat.* — Pothier, *Des oblig.*, n. 554 ; Casaregis, *Disc.*, 21, n. 5.

quant à la partie remise, qui de dette civile devient dette naturelle ; et si plus tard le failli s'oblige de nouveau à payer à ses créanciers la partie de leurs créances dont ils lui avaient fait remise, cette nouvelle obligation est incontestablement valable : elle trouve sa cause et son fondement dans la dette naturelle qui subsistait toujours pour cette partie, et à laquelle l'obligation nouvelle fait novation en la transformant en une dette civile (1).

2193. La novation étant la transformation d'une obligation en une autre, il en résulte que l'obligation première, remplacée par la seconde, cesse d'exister. De là cette conséquence fort importante, que la novation emporte renonciation au bénéfice de l'ancienne obligation dont elle entraîne l'extinction, ainsi que celle de tous ses accessoires (2).

Il faut donc, pour pouvoir consentir une novation, non-seulement être capable de contracter (3), mais encore être capable de renoncer, ce qui n'est pas tout à fait la même chose. En d'autres termes, puisque la novation est la substitution d'une dette à une autre, il faut, pour la rendre valable, que le créancier ait la capacité de remettre l'obligation que la novation doit détruire, et que le débiteur, de son côté, soit habile à contracter la nouvelle obligation substituée à l'ancienne, ou du moins que le créancier et le débiteur aient un caractère qui les autorise à faire les changements par lesquels la nouvelle obligation diffère de la première (4).

C'est pourquoi, la capacité de recevoir le payement ne suppose pas nécessairement la capacité de consentir une novation. Par exemple, celui qui a une procuration spéciale à l'effet de toucher pour le créancier, n'a pas qualité pour innover, à la différence de celui qui a une procuration générale, tel que le syndic d'une faillite.

C'est pourquoi encore, comme nous l'avons déjà vu, la novation, consentie par un des créanciers solidaires, ne peut

(1) Duranton, t. XII, n. 393. V. Cass., 29 avril 1873, D., 73, 1, 207.
(2) C. civ., 1278.
(3) *Ibid.*, 1272.
(4) M. Merlin, *Répert*, v° *Novation*, § 4.

être opposée aux autres (1). Un associé, par exemple, ne peut consentir une novation opposable à ses coassociés, à moins que l'acte de société ne lui ait conféré des pouvoirs plus étendus que ceux qui résulteraient du fait seul de l'association. *Non licet,* dit Cujas, *nobis statim ita argumentari : uni ex argentariis in solidum solvi potest, ergo et pacisci unus potest de solido. Tantum abest enim ut valeat argumentum a solutione ad pactum, ut nec valeat semper a solutione ad novationes cæterasque liberationes legitimas : nam interdum is cui solvi potest novare atque adeo pacisci non potest, ut adjectus solutionis gratia cui debitorem meum jussi solvere et qui est in mea potestate* (2).

2194. De ce que la novation emporte renonciation au bénéfice de l'ancienne obligation, il suit encore que la novation ne se présume pas. Mais il n'est pas nécessaire de l'exprimer en termes sacramentels ou équipollents; et il suffit, surtout en matière commerciale, que la volonté de l'opérer résulte des faits et actes intervenus entre les parties (3). C'est ce qu'établit clairement l'article 1273 du Code civil qui résout ainsi la question autrefois très-vivement controversée, de savoir si la novation devait être expresse; question que les docteurs en droit commercial avaient depuis longtemps résolue dans le même sens. *Ut non contingat novatio*, disait Raphaël de Turri, *nisi id expresse agatur per contrahentes... Tamen id non ita stricte accipiendum est ut contingere nequeat nisi contrahentes expresse dicant se velle novare : sed sufficit quoquo modo id ex verbis et mente contrahentium colligi, cum Justinianus in lege fin.*, C. de Novat., *non sustulerit illam novationem quæ oritur ex præsumpta mente contrahentium, sed illam quæ introducebatur ex legis præsumptione* (4).

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1929.

(2) L. XXV, *In principio*, ff. *De pactis*. — M. Merlin, *Repert.*, v° *Novation*, § 4.

(3) Cass., 31 mai 1854, S., 55, 1, 44. — Voy. aussi Montpellier, 1er août 1832; et Cass., 8 juill. 1834, S., 34, 1, 504.

(4) *De cambiis*, disp. 2, quæst. 8, n. 21 et suiv. — Voy. aussi Ansaldus, *Disc.* 88, n. 5, Rote de Gênes; décis. 2, n. 20; et décis. 197, n. 4; Casaregis, *Disc.* 35, n. 23; Mantica, *De tacit. et ambig. convent.*, lib. XVII, tit. VI, *in fine*.

A plus forte raison devait-on décider autrefois, et sous l'empire des principes du droit romain, que la novation, surtout entre commerçants, s'opérait par toute espèce de contrat, et aussi bien au moyen d'un pacte nu qu'au moyen d'une stipulation (1) : *Ad novationem non est necessaria stipulatio, sed per quemcumque contractum fieri potest, præsertim in curia mercatorum in qua nuda pacta loco stipulationis succedunt* (2). Aujourd'hui la question ne pourrait plus se présenter, soit parce que le droit moderne ne fait aucune différence entre le pacte nu et la stipulation, soit parce que la novation peut s'opérer sans une convention particulière, et par le seul résultat du concours et de la combinaison des actes et des faits qui les expliquent.

2195. C'est ainsi que la novation objective, c'est-à-dire qui s'opère par la substitution d'une obligation à une autre, résulte nécessairement de l'incompatibilité qui existe entre les deux obligations, parce qu'il est évident que les parties, en contractant une obligation incompatible avec une obligation antérieure, ont entendu éteindre cette obligation antérieure et la remplacer par l'autre. Cette incompatibilité équivaut à une convention ou à une stipulation expresse de la volonté d'innover. *Ad novationem alicujus obligationis exigitur expressa obligatio vel actuum incompatibilitas*.

On trouve un exemple d'une novation résultant de l'incompatibilité entre deux obligations ou entre deux contrats successifs, dans la cas où un propriétaire de marchandises, après les avoir chargées sur un navire, avec recommandation d'en faire la délivrance à un tiers indiqué comme consignataire, donne mandat au capitaine de les vendre au lieu d'arrivée. L'obligation que le capitaine avait contractée, *uti locator*, de délivrer les marchandises au consignataire, est éteinte par la nouvelle obligation qui lui est imposée, *uti procurator, seu institor*, de les vendre pour le compte de l'expéditeur, et le consignataire n'est pas fondé à lui en demander la délivrance. *Novatio inducitur*, dit à ce sujet Casaregis, *propter novum do-*

(1). Voy. *sup.*, t. III, n. 1434.

(2) De Turri, *De cambiis*, disp. 2, quæst. 8, n. 26; Casaregis, *Disc.* 79, n. 19.

mini mercium ordinem novamque obligationem cum prima incompatibilem (1).

2196. En général, les modifications dont peut résulter la novation objective se réduisent à deux : la substitution d'un nouveau titre à l'ancien, et la substitution d'une prestation à une autre. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, on ne doit pas facilement présumer l'intention d'innover quand la novation serait préjudiciable à celui à qui on l'oppose, parce qu'on ne présume pas la renonciation gratuite à un droit : *novatio non præsumitur quando ea inducenti valde esset præjudiciabilis* (2) ; pas plus qu'on ne peut, à moins de circonstances particulières, la faire résulter d'actes qui n'ont pour but que de donner de nouvelles garanties au créancier, *ex actibus ad majorem cautelam et securitatem gestis* (3) ; ou d'arriver à l'exécution de l'obligation première, *ex actibus ad implementum et executionem primæ obligationis tendentibus* (4).

2197. Ainsi, une dette originairement commerciale ne devient pas purement civile par cela seul qu'elle est ensuite reconnue dans un acte notarié et garantie par une hypothèque. Il n'y a pas là susbstitution d'une obligation ou d'une dette à une autre ; l'obligation change de forme, mais au fond elle reste la même malgré les garanties nouvelles dont elle est entourée et les voies d'exécution qui lui sont ouvertes. L'acte notarié n'opère pas novation de la dette qu'il constate, et dès lors le payement doit en être poursuivi devant le tribunal de commerce, et non devant le tribunal civil (5). Denisart, il est vrai, rapporte deux arrêts du parlement de Paris des 9 mars 1736 et 5 avril 1737 qui auraient jugé qu'il y a novation quand un marchand prend une obligation notariée d'un autre marchand auquel il a vendu des marchandises (6) ; et un troisième arrêt du 3 septembre 1716, qui aurait également jugé qu'un

(1) Casaregis, *Disc.* 21, n. 4 et 9.

(2) *Disc.* 138, n. 5.

(3) *Ibid.*, n. 6.

(4) *Ibid.*, n. 8.

(5) Cass., 21 février 1826, S., 8, 1, 283 ; et Grenoble, 17 juin 1826, *ibid*, 2, 244.

(6) V° *Novation*, n. 9.

débiteur, souscripteur de billets pour marchandises reçues, et qui depuis avait passé une obligation notariée de la somme due à laquelle on avait joint les billets pour ne servir que d'une seule et même reconnaissance, n'était plus contraignable par corps, attendu qu'il y avait novation, et que, depuis l'obligation passée devant notaire, il n'était plus débiteur qu'en vertu de cette obligation (1). Et c'est également en ce sens qu'il a été jugé par la cour de Dijon (2) que l'obligation authentique, consentie en remplacement d'une obligation commerciale, opère tellement novation qu'elle n'autorise plus à l'avenir que la perception de l'intérêt au taux civil. Mais ces arrêts supposent à tort qu'il y a incompatibilité entre le caractère commercial d'une obligation et la forme notariale dont elle est revêtue. On comprendrait au surplus, dans l'espèce de l'arrêt du 3 septembre 1716 et dans celle de l'arrêt de Dijon qu'il eût pu y avoir novation, si les billets primitivement donnés avaient été annulés par un *acquit*. Cet acquit aurait éteint l'obligation première, et l'acte notarié serait alors devenu l'expression d'une obligation nouvelle. Mais il en est autrement quand, les billets restant joints à l'obligation notariée, il devient manifeste que les parties n'ont pas voulu éteindre l'obligation commerciale, ni, en l'entourant de nouvelles garanties, supprimer celles qui y étaient déjà attachées (3).

2198. Du reste, la renonciation à de certaines garanties pour en obtenir de nouvelles peut, suivant l'occurrence, conduire à la novation. C'est ce qui a lieu notamment en matière de concordat. Le concordat fait avec un failli, par lequel ses créanciers lui font remise de tant pour cent sur le montant de leurs créances primitives, en renonçant aux droits particuliers que ces créances leur donnaient contre lui pour en acquérir de nouveaux stipulés par la convention ou par la loi, tels que les droits d'hypothèque résultant de l'inscription prise par les syndics au nom de la masse (4), emporte novation des créances

(1) Vº *Contrainte par corps*, n. 16.

(2) Voy. cet arrêt joint à un arrêt de cassation du 26 mai 1855, S., 55, 1, 386.

(3) Duranton, t. XII, n. 290.

(4) C. com., art. 517.

qui trouvent dès lors leur point d'appui dans le concordat, et non plus dans les titres antérieurs, tellement que le failli ne serait plus recevable à contester les droits ou les titres anciens des créanciers qui ont pris part au concordat, et dont il a reconnu la dette par cela seul qu'il a consenti à traiter avec eux (1).

2199. Mais cet effet qui est attaché au concordat, parce que le concordat est un nouveau contrat qui intervient entre le débiteur et les créanciers, n'est pas attaché au procès-verbal de vérification et d'admission d'une créance au passif d'une faillite. Il n'y a pas là contrat entre le créancier et le débiteur ou ses représentants. L'admission suppose qu'il n'y a pas lieu actuellement de contester la créance : mais elle n'empêche pas qu'elle puisse être contestée plus tard, s'il y a lieu, soit par le failli, soit par les syndics ; et le procès-verbal de vérification ne pourrait jamais être considéré comme un titre récognitif dispensant de la représentation du titre primordial (2).

Toutefois la Cour de cassation a jugé par des arrêts récents que l'admission, sans contradiction ni réserve, d'une créance comme privilégiée au passif d'une faillite après vérification, emporte reconnaissance de la créance et même du privilége qui, suivant le créancier, serait attaché à cette créance ; et que ni la créance ni le privilége ne peuvent être contestés plus tard par les autres créanciers du failli qui ont été représentés par les syndics au procès-verbal de vérification (3). Mais ces arrêts me paraissent exagérer les effets d'une vérification dont le caractère essentiellement sommaire n'exclut pas, sans doute, la contradiction, mais ne la provoque pas

(1) Douai, 16 avril 1813, et Colmar, 19 nov. 1813, S., 4, 2, 294 et 362 ; Cass., 23 avril 1834, *ibid.*, 1834, 1, 230.

(2) Cass., 19 juin 1834, S., 34, 1, 511 ; D., 34, 1, 219 ; Douai, 25 mai 1829, S., 9, 2, 271 ; Amiens, 19 déc. 1851, S., 53, 2, 226 ; et 10 janvier 1856, *ibid.*, 56, 2, 257 ; Colmar, 27 déc. 1855, *ibid.*

(3) Cass., 8 avril 1851, S., 51, 1, 690 ; 1er mai 1855, *ibid.*, 55, 1, 705 ; 25 fév. 1861, *ibid.*, 61, 1, 311, 15 déc. 1863, S., 64, 1, 86 ; et 21 juillet 1868, D., 68, 1, 482. — Voy. cependant Colmar, 17 août 1858, S., 59, 2, 102, et M. Demangeat sur Bravard, t. III, p. 352.

d'une manière nécessaire, et par conséquent ne saurait empêcher qu'elle ne puisse se produire plus tard. La vérification n'est que la constatation d'une prétention ayant l'apparence d'un fondement, mais qui peut n'en pas avoir la réalité, dont l'admission ne purge pas les vices et qui demeure contestable après la faillite et l'admission, de la même manière qu'elle l'eût été s'il n'y eût pas eu de faillite.

Il est si vrai d'ailleurs que l'admission d'une créance après vérification n'emporte pas novation de la créance, du moins d'une manière absolue, que la Cour de cassation elle-même décide qu'une créance, bien que vérifiée, peut être attaquée pour cause de dol et de fraude (1), et que des cours d'appel ont décidé que l'admission d'une créance sans expression ni réserve d'un privilége n'emporte pas de la part du créancier renonciation à son privilége, et ne fait pas obstacle à ce qu'il en réclame plus tard l'exercice (2).

Aussi a-t-il encore été jugé par la Cour de cassation que l'admission d'une créance ayant pour cause des billets à ordre ne constitue pas une reconnaissance de la dette par acte séparé ayant pour effet de substituer la prescription trentenaire à la prescription de cinq ans (3). Cette admission, qui constitue la reconnaissance d'une prétention, est sans doute interruptive de la prescription ; mais comme elle ne peut emporter novation, et qu'elle ne substitue pas un titre à un autre, la prescription de cinq ans continue d'être opposable (4).

2199 *bis*. Mais le concordat par lequel le failli s'oblige, sous certaines conditions et dans certains délais, à rembourser tout ou partie de ce qu'il doit, emporte novation des créances primitives, et constitue une reconnaissance par acte séparé qui substitue la prescription trentenaire à la prescription de cinq ans. Il faut remarquer toutefois que le concordat n'o-

(1) Cass., 1er mai 1855, S., 55, 1, 705 ; et 16 janv. 1860, S., 60, 1, 273.

(2) Rouen, 24 juin 1861, S., 53, 2, 412 ; Douai, 30 juin 1855, S., 56, 2, 268 ; Caen, 20 juin 1859, *ibid.*, 60, 2, 51.

(3) Cass., 7 avril 1857, S., 57, 1, 527 et 5 janvier 1864, S., 64, 1, 85. — Voy. en sens contraire, Colmar, 19 déc. 1859, S., 60, 2, 390.

(4) Grenoble, 26 fév. 1848, S., 49, 2, 272 ; Paris, 8 nov. 1855, S., 56, 2, 145 ; et M. Alauzet, t. II, n. 1046. — Voy. *inf.*, n. 2201.

père novation que vis-à-vis du failli et non vis-à-vis de ses coobligés : ceux-ci, contre lesquels aux termes de l'article 545 du Code de commerce, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leurs créances, conservent, de leur côté, quand leur dette résulte d'un effet de commerce, le droit d'opposer aux créanciers la prescription de cinq ans (1).

2200. De même que le failli ne peut plus contester les droits des créanciers avec lesquels il a traité dans le concordat, de même aussi les créanciers qui y figurent ne peuvent prétendre à des droits autres que ceux que le concordat leur reconnaît ou leur accorde. Ainsi le créancier hypothécaire et privilégié, qui se présente à une faillite et prend part au concordat, fait novation à sa créance, en ce sens qu'il est présumé renoncer à son privilége, et qu'il n'est plus créancier que de la somme fixée par le concordat (2).

2201. Il suit de ce qui procède qu'on trouve un exemple remarquable de la novation qui s'opère par la substitution d'un titre à un autre, dans l'article 189 du Code de commerce, aux termes duquel les actions relatives au payement des lettres de change et des billets à ordre se prescrivent par cinq ans, si la dette n'a pas été reconnue par acte séparé : cette reconnaissance, qui proroge la prescription pendant trente ans à partir de l'acte séparé, constitue une véritable novation quant à la prescription à laquelle était soumise la première obligation.

2202. De même encore, l'acte, par lequel le débiteur d'une somme produisant intérêts souscrit une obligation nouvelle pour les intérêts échus, opère novation, en ce sens que les intérêts deviennent un nouveau capital qui lui-même peut être productif d'intérêts, et qui, au lieu d'être prescriptible par cinq ans, comme les intérêts ou les sommes payables à des termes périodiques (3), n'est plus prescriptible que par trente ans. Dans ce cas, en effet,

(1) Cass., 7 mars 1866, S., 66, 1, 288.

(2) C. com., art. 508; Cass., 19 juill. 1841, S., 41, 1, 762; mais voy. Dijon, 8 fév. 1865, S., 65, 2, 32; et Bourges, 15 mars 1865, S., 66, 2, 149.

(3) C. civ., 2277.

la somme n'est plus due en vertu de l'obligation première qui rendait productif d'intérêts le capital primitif, mais en vertu de l'obligation nouvelle dont les intérêts sont devenus l'objet principal. *Inducitur novatio*, dit à ce sujet Casaregis, *eo ipso quo extinguitur primus titulus debiti, et novus includitur* (1).

2203. Une des questions les plus importantes qui puissent naître, en matière commerciale, de la novation qui s'opère par la substitution d'un titre d'obligation à un autre, consiste à savoir si le créancier, vendeur ou autre, qui reçoit le montant de sa créance en billets à ordre ou en lettres de change, opère novation, de telle sorte qu'il ne puisse plus exercer ultérieurement, à défaut de payement des billets ou des lettres de change, les actions qui étaient primitivement attachées à sa créance. C'est là une question qui est née avec la pratique du change, et qui comporte différentes solutions suivant les circonstances dans lesquelles elle se présente, et suivant les aspects sous lesquels on l'envisage. *Sciendum est*, disait Balde, il y a déjà plus de quatre siècles, *quod campsor aliquando datur pro soluto, aliquando pro solvendo ; nam si actum est ut, facta promissione per campsorem, intelligatur vetus obligatio sublata, et nova subrogata, standum est pacto : si autem nihil agitur de liberatione, sed solum de obligatione novæ personæ, tunc durat actio prima* (2). On peut même se demander, quand le titre nouveau d'obligation consiste en une lettre de change, s'il n'y a pas novation par la substitution d'un débiteur à un autre. Mais c'est là un point de vue particulier auquel je ne me place pas encore, et dont il faut renvoyer l'examen au moment où nous nous occuperons de la novation subjective. Quant à présent, je n'examine la question que sous le rapport de la novation objective, c'est-à-dire opérée par la substitution d'un nouveau titre d'obligation au titre primitif de la créance.

C'est un usage fort ordinaire en matière commerciale, surtout en matière de vente, de faire ce qu'on appelle, dans le langage des affaires et du commerce, le règlement en billets

(1) *Disc.* 49, n. 19 et suiv.
(2) *Consil.* 348, n. 2.

d'une somme ou d'un prix dû et non encore échu ni exigible ; c'est-à-dire qu'au lieu de payer comptant, le débiteur ou l'acheteur remet au vendeur ou au créancier des billets ou des lettres de change pour une valeur égale au prix stipulé ou à la somme due : à cela, l'un et l'autre trouve son compte ; l'acheteur, une facilité pour acheter à crédit ; le vendeur, un moyen, dans la possibilité de réaliser de suite les valeurs qu'il reçoit, d'avoir la disponibilité actuelle de ses fonds comme s'il avait vendu au comptant. De là la question de savoir si la remise de ces titres nouveaux d'obligation opère novation de la créance primitive, de telle sorte que le débiteur ne soit plus obligé qu'en vertu des billets ou des lettres de change, et non en vertu de l'obligation antérieure, et que le créancier n'ait plus aucun droit aux priviléges attachés, soit par la loi, soit par la convention, à cette obligation.

En règle générale, on doit décider qu'il n'y a pas novation, et que les lettres de change ou les billets donnés en règlement ne constituent pas une créance nouvelle, mais seulement une garantie et un moyen de payement de la créance originaire qui subsiste dans toute sa force. La raison en est que les billets donnés en règlement d'une dette ne sont pas, à vrai dire, donnés en payement actuel, mais seulement pour en assurer le payement futur ; leur effet libératoire, loin d'être actuel, reste donc soumis à la condition ultérieure de l'encaissement. S'ils sont encaissés à leur échéance, c'est-à-dire payés, ils éteignent la dette originaire, et tout est terminé ; si au contraire ils ne sont pas payés, le créancier est maintenu dans l'exercice des droits et priviléges attachés à la créance originaire, dont il jouit concurremment avec ceux qui sont attachés aux garanties nouvelles qui lui ont été remises par le débiteur. C'est ce que Casaregis explique très-bien en disant que les lettres de change remises à un créancier par son débiteur, ou passées à son ordre, *semper intelliguntur datæ pro solvendo et non pro soluto* (1). Ansaldus professe la même opinion en disant que l'endossement consenti par un débiteur au créancier ne libère l'endosseur que lorsqu'il est suivi d'un

(1) *Disc.* 51, n. 8.

payement réel et effectif : *æquipollere pecuniæ numeratæ dummodo subsequatur solutio* (1). Raphaël de Turri avait longtemps avant posé les fondements de cette doctrine dans ces termes, qui en donnent en même temps la raison juridique : *Novatio non fit per subscriptionem litterarum cambii... Cum sibi providens de hac subscriptione, non intendat obligationem priorem extinguere, sicut de facto non extinguit, sed aliam pro majori cautione prioris acquirere : hoc ipsum excludit universam naturam novationis* (2). Et la Rote de Gênes lui a plusieurs fois donné l'autorité de ses jugements, *quia de debito præsenti ad promissionem in diem non dicitur facta novatio, ni hoc expresse dicatur* (3).

2204. C'est également en ce sens que se sont prononcés les auteurs et la jurisprudence modernes (4). Des auteurs et des arrêts vont même jusqu'à décider qu'il n'y a pas novation, quoique le créancier, en recevant les lettres de change ou les billets, ait donné quittance au débiteur de la somme au payement de laquelle ils sont destinés (5). Mais je ne crois pas que cette dernière opinion doive être admise sans réserve. La quittance a pour effet naturel et immédiat d'éteindre l'obligation quittancée. On peut dire que, dans ce cas, les billets ou lettres de change sont reçus, non *pro solvendo*, mais *pro soluto*, puisque le créancier se reconnaît payé. L'obligation primitive est donc éteinte, et si les billets ne sont pas payés à l'échéance, le créancier ne pourrait pas agir en vertu de cette obligation primitive, à raison de laquelle il a reconnu, en donnant quittance, qu'il ne lui était plus rien dû.

Toutefois, la quittance peut être conditionnelle et subordonnée au payement effectif des valeurs reçues et acceptées par le créancier. Il est évident que, dans cette hypothèse,

(1) *Disc.* 2, n. 27 et suiv.

(2) *De camb.*, disp. 1, quæst. 17, n. 39.

(3) *Décis.* 1, n. 7; *décis.* 2, n. 11.

(4) Voy. les nombreux arrêts cités dans la collection de M. Devilleneuve, t. III, 2, 468, en note d'un arrêt de la cour de Douai du 2 avril 1811. — Voy. aussi Metz, 26 janv. 1854, S., 54, 2, 743; Pardessus, *Dr. comm.*, n. 221; M. Merlin, *Répert.*, v° *Novation;* Duranton, t. XII, n. 287; Delvincourt, t. II, p. 367; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n. 376.

(5) Voy. notamment Cass., 22 juin 1841, S., 41, 1, 474; M. Troplong, *Hyp.*, n. 199 *bis.* — *Contrà,* Duranton et Delvincourt, *ubi sup.*

l'obligation première n'est pas éteinte, puisque le créancier, en n'y mettant qu'un acquit conditionnel, s'est réservé le droit d'y recourir pour le cas où les titres nouveaux qui lui sont livrés ne produiraient pas l'effet qu'il espère (1). Et je pense à ce sujet qu'il n'est pas nécessaire que la condition soit expressément stipulée dans la quittance : il suffit qu'on puisse naturellement l'induire de l'ensemble des conventions intervenues entre les parties. Ainsi, si la quittance indique que le prix a été payé en billets, on doit la présumer subordonnée à l'encaissement des billets. Ainsi encore, si les billets ou lettres de change remis en payement énoncent une cause qui se rapporte à la vente dont ils représentent le prix, et indiquent par leur contenu que le vendeur les reçoit, non en payement, mais en règlement, la quittance mise au bas de la facture devrait être considérée comme une quittance conditionnelle, parce que, pour en saisir le sens, on ne devrait pas la séparer des valeurs dont elle constate la remise. Au contraire, si la quittance était pure et simple, si les billets ou lettres de change ne se référaient pas à la vente qu'ils ont pour but de solder; par exemple, s'ils étaient causés valeur reçue comptant ou en compte, on aurait beau constater qu'ils ont été la cause unique de la quittance mise au bas de la facture : la quittance donnée sans réserve n'en aurait pas moins pour résultat d'éteindre la créance ayant pour cause le prix de vente, et le vendeur ne serait plus créancier que du montant des billets, relativement auxquels il aurait consenti à suivre la foi de l'acheteur (2).

2205. Les mêmes observations s'appliquent au cas où les effets de commerce sont donnés en payement du prix d'une vente faite au comptant, ou d'une créance échue ou exigible. A moins de conventions particulières, expresses ou tacites, desquelles on pourrait conclure, soit qu'il y a eu réserve des droits conférés par l'obligation qu'il s'agit de payer, soit que le terme d'échéance et d'exigibilité en a été prorogé au jour de l'échéance des billets ou des lettres de change, on devrait

(1) Duranton, *ubi sup.*
(2) Pardessus, *ubi sup.*

décider qu'il y a eu novation de l'obligation originaire, à laquelle a été substituée l'obligation nouvelle dont le titre réside dans les effets reçus en payement par le créancier (1).

2205 *bis*. On peut en dire autant de l'autorisation donnée par un débiteur à son créancier de tirer sur lui pour le payement d'une dette civile, une lettre de change payable à l'ordre d'un tiers. Cette autorisation, quand elle est suivie d'effet, a pour résultat de substituer à l'obligation primitive une opération de change dont la nature et la forme essentiellement commerciales rendent le tiré justiciable du tribunal de commerce, en cas de non-payement de la lettre de change (2).

2206. De même, dans la généralité des cas, l'acceptation de billets donnés en renouvellement ou en remplacement de billets antérieurs non payés à l'échéance opère novation de l'obligation ; la créance qui résultait des billets est éteinte par le seul fait de l'annulation de ces billets, et se trouve remplacée par celle dont les nouveaux billets sont le titre (3). Mais il en serait autrement si les billets renouvelés restaient entre les mains du porteur : les billets donnés en renouvellement n'opéreraient pas novation des premiers (4).

2206 *bis*. Ainsi encore, lorsqu'un créditeur est d'une part tenu de fournir des fonds au crédité au fur et à mesure de ses besoins, et que, d'autre part, il est porteur d'un billet souscrit par celui-ci antérieurement à l'acte de crédit, le billet de renouvellement que le créditeur fait souscrire au crédité doit être considéré comme ne représentant plus l'ancienne dette, mais bien comme une avance faite en exécution de l'acte de crédit : en telle sorte que le billet nouveau, par l'effet de la novation, jouit du bénéfice de l'hypothèque qui est stipulée dans cet acte (5).

2207. Il en est autrement de la retraite ou de la nouvelle lettre de change, au moyen de laquelle le porteur non payé

(1) Douai, 5 août 1818, S., 5, 2, 411.
(2) Cass., 18 avril 1866, S., 66, 1, 287.
(3) Caen, 24 mai 1842, S., 42, 2, 488.
(4) Douai, 2 mai 1848, S., 48, 2, 518.
(5) Cass., 2 juin 1863, S., 63, 1, 335 ; et Rouen, 3 août 1864, S., 66, 2, 127.

à l'échéance se rembourse sur le tireur ou sur l'un des endosseurs du principal de la lettre protestée, des intérêts du jour du protêt, de ses frais et du nouveau change qu'il paye au banquier qui lui fournit la retraite (1). Cette retraite et le rechange dont elle est l'expression n'opèrent pas novation de l'obligation du tireur et des endosseurs qui ne sont pas parties à ce nouveau contrat, et qui, malgré la retraite, et jusqu'à ce qu'ils l'aient payée, continuent d'être liés par la lettre de change, qui est le seul titre en vertu duquel ils puissent être poursuivis. Cela est si vrai, que, lorsque le porteur prend la voie de la retraite, au lieu de former son action contre le tireur et les endosseurs, les délais de dénonciation et de poursuites n'en courent pas moins contre les divers obligés (2). Les principes, en cette matière, ont été posés par Casaregis de la manière la plus nette et la plus précise : *In hoc recambii genere*, dit le savant docteur italien, *non extinguitur*, *prout nemo non videt*, *primum cambium*, *nec per consequens aliqua prioris debiti novatio conficitur*, *adeo ut debitor primi cambii maneat adhuc debitor*, *etiam si creditor millies recambiasset ; quia recambiando cum aliis personis*, *prœterquam cum illa debitoris*, *impossibile prorsus est aliquam novationem de cujus substantia omnino requiritur ejusdem debitoris interventus ; et licet ille teneatur ad solutionem omnium recambiorum contractorum cum aliis prœterquam cum debitore*, *hoc minime ex eo provenit quod idem directe ad illa solvenda teneatur*, *sed quia indirecte ad ea tenetur*, *ratione scilicet damni emergentis ; nam fuit in causa cur summam sibi debitam ab aliis creditor cambio acceperit*, *eamque toties recambiaret* (3).

2208. Ce qui a été dit plus haut sur le point de savoir si le créancier qui reçoit le montant de sa créance en billets à ordre ou en lettres de change opère novation, peut s'appliquer au cas où il aurait reçu un bon sur un banquier : un bon ou simple mandat de payer, bien qu'accepté par le mandant, ne libère pas le mandataire, tant que le payement n'en pas été

(1) C. com., art. 177 et suiv.
(2) Pardessus, n. 439.
(3) *Disc.* 196, n. 3.

réalisé (1). Comme la lettre de change avec laquelle ce mandat nominatif ou au porteur offre, sous le rapport qui nous occupe, la plus grande analogie, il est en général réputé donné, non *pro soluto*, mais *pro solvendo*.

2209. On voit par ce qui précède d'après quelles règles on doit se guider pour reconnaître la novation objective, c'est-à-dire la novation qui résulte d'un changement ou d'une modification dans le titre même de l'obligation.

La novation subjective, qui résulte d'un changement dans la personne des parties, demande d'autres explications.

Nous avons vu que la novation subjective s'opère de deux manières, soit par la substitution d'un créancier à un créancier, soit par la substitution d'un débiteur à un autre débiteur (2).

Occupons-nous d'abord de la novation qui s'opère par un changement dans la personne du créancier.

Aux termes de l'article 1271 du Code civil, il y a novation lorsque par l'effet d'un nouvel engagement un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. En d'autres termes, la novation subjective résultant du changement de créancier s'opère toutes les fois que, d'après l'intention clairement établie des parties, le débiteur se trouve libéré envers l'ancien créancier, au moyen d'une nouvelle obligation contractée envers le nouveau.

Remarquons à cet égard qu'il n'est pas nécessaire, pour l'accomplissement de la novation, qu'il ait été expressément stipulé qu'au moyen de l'obligation nouvelle le débiteur est libéré envers l'ancien créancier ; mais cette libération doit être la conséquence naturelle et légale des actes intervenus entre les parties. C'est en ce sens qu'elle doit être expresse, et qu'elle ne se présume point : *Non ex interventu novæ personæ, nisi expresse agatur novatio indicitur* (3). A cette

(1) Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 276 et suiv.

(2) Voy. *sup.*, n. 2191.

(3) Rote de Gênes, décis. 2, n. 20.

novation particulière s'applique ce que j'ai déjà dit de la novation en général (1).

Mais il faut, pour qu'il y ait novation par le changement du créancier, que par l'effet des nouveaux arrangements l'obligation contractée envers le premier créancier soit éteinte, et que l'obligation contractée avec le second soit autre que l'obligation contractée envers le premier, puisque, sans cette extinction, le débiteur ne serait pas libéré envers le premier créancier.

2210. Ainsi, la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui n'opère pas novation (2). Celui qui indique reste créancier ; celui qui est indiqué ne le devient pas : il n'est que mandataire, ou, tout au plus, *adjectus solutionis gratiâ ;* et la position du débiteur n'est pas changée (3).

2211. Ainsi encore, la cession d'une créance n'en opère pas la novation, parce que la créance cédée reste toujours la même, et qu'il n'y a en réalité aucun changement dans la personne du créancier, le cessionnaire ne faisant que continuer la personne du cédant, dont il est la représentation exacte (4).

Il n'y a donc aucune novation, par l'effet de la substitution d'un créancier à un autre, dans la cession par voie d'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ; c'est pourquoi le porteur en vertu de cet endossement peut exercer ou céder à son tour tous les droits qui appartenaient à son endosseur et qui sont attachés à l'obligation dont le titre lui est transmis.

2212. Toutefois, il est en certains cas assez difficile de reconnaître si la convention par suite de laquelle un débiteur est appelé à se libérer en d'autres mains que celles du créancier originaire constitue, soit la simple indication d'une personne qui doit recevoir pour le créancier, soit une cession de la créance,

(1) Voy. *sup.*, n. 2194.
(2) C. civ., 1277.
(3) Marcadé, sur l'art. 1275.
(4) Colmar, 8 juin 1810, S., 3, 2, 285 ; Cass , 2 août 1847, S., 47, 1, 705 ; et 2 mai 1853, S., 53, 1, 411. — Duranton, t. XII, n. 121 et 313.

ou si au contraire cette convention emporte substitution d'un créancier à un autre, extinction de la créance antérieure, création d'une obligation nouvelle, et, par suite, si elle opère une novation par l'effet de laquelle le nouveau créancier ne peut plus se prévaloir vis-à-vis du débiteur des droits et priviléges attachés à la créance antérieure, pas plus que le débiteur ne peut opposer au nouveau créancier les exceptions qu'il avait contre l'ancien.

On peut se demander, par exemple, en matière de lettres de change, si l'indication, faite par le tireur, d'un preneur auquel doit payer le tiré, opère novation de la créance du tireur sur le tiré, créance qui se trouve affectée à titre de provision au payement de la lettre de change.

De longues controverses ont existé et existent encore sur la nature du contrat de change. Je ne prétends pas m'y mêler ici, ni entrer dans une digression qui me conduirait trop loin ; il me suffira, en allant de suite au fond des choses, de faire voir d'abord que ni le contrat de change, ni la lettre de change qui en est l'expression, ne constituent, à proprement parler, la cession d'une créance du tireur sur le tiré : cela est si vrai, qu'une lettre de change peut remplir toutes les conditions essentielles à son existence, lors même que le tireur ne serait pas créancier du tiré et n'aurait par conséquent aucune créance à céder sur ce dernier ; cela est si vrai, que, dans le cas même où le tireur est créancier du tiré, la lettre de change ne fait mention d'aucune créance cédée, ne s'y réfère ni directement ni indirectement ; cela est si vrai, que le tiré n'est obligé envers le preneur que lorsqu'il a accepté la lettre de change (1), tandis que, si le preneur était le cessionnaire réel de la créance du tireur sur le tiré, le tiré deviendrait l'obligé du porteur par le fait seul de la cession, et sans qu'il fût besoin d'une acceptation ultérieure. Le contrat de change n'est donc autre chose que la vente faite dans un lieu d'une certaine somme d'argent livrable dans un autre lieu (2), laquelle somme d'argent est considérée par les

(1) C. com., 121.

(2) *Non è altro che una compra del denaro assente, col presente, cam-*

contractants en elle-même, d'une manière abstraite, et indépendamment des voies et moyens qui doivent en assurer le payement. C'est pourquoi l'article 116 du Code de commerce porte qu'il y a provision, si à l'échéance de la lettre de change celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change, faisant très-bien comprendre par là que jusqu'à l'échéance les sommes dont le tiré peut être débiteur envers le tireur restent disponibles entre ses mains, et que le preneur ou porteur de la lettre de change n'y a aucun droit.

Mais de ce que la lettre de change n'est pas une cession de la créance du tireur sur le tiré, en résulte-t-il qu'elle opère novation de cette créance, de telle sorte que le tiré soit libéré à l'égard du tireur, et n'ait plus que le preneur ou le porteur pour créancier? Nullement. Il est vrai que le tiré qui avait provision ne peut, surtout après avoir accepté, payer ce qu'il doit au tireur sans s'exposer à payer une seconde fois le montant de la lettre à celui qui en est porteur : *debitor acceptans litteras cambii solvendi uno, non potest amplius solvere domino* (1). Mais c'est là une conséquence de l'indication faite d'un tiers qui doit recevoir pour le créancier ; or, une simple indication n'opère pas novation (2). Peu importe que le tiers indiqué pour recevoir ne soit pas, à proprement parler, cessionaire de la créance, et qu'il ait un titre personnel et nouveau. Relativement au débiteur tiré, ce titre n'est autre chose qu'une indication à laquelle il doit se conformer, puisque tel est l'ordre de son créancier ; indication qui le constitue mandataire à l'effet de payer, mais qui ne le libère que sous la condition qu'il payera. Il est bien vrai encore que le tiré qui a accepté ne peut opposer au porteur qui devient son créancier aucune des exceptions de payement, de compensation,

biando questo con quello. Casaregis, *Disc.* 218, n. 16. Voy. aussi Balde, cons. 348, n. 6 ; de Turri, *De cambiis*, disp. 1, quæst. 9, n. 12 et suiv. ; Scaccia, § 1, quæst. 4, n. 18, 21 et suiv.

(1) Rote de Gênes, *décis*. 93, n. 8.

(2) C. civ., 1277.

de prescription ou autres, qu'il aurait pu opposer au tireur, son créancier originaire; mais ce n'est pas par l'effet d'une novation, puisque l'indication de payement qui lui est faite ne le libère pas vis-à-vis de ce créancier : c'est parce que l'acceptation constitue une obligation personnelle envers le porteur, distincte de l'obligation antérieurement contractée envers le tireur; et ces deux obligations n'ont entre elles aucune incompatibilité.

Il suit de là, et cette conséquence est de la dernière importance, que si le tiré ne paye pas le montant de la lettre de change, le tireur qui l'a remboursée au porteur a contre le tiré non-seulement une action en payement de la lettre de change, mais encore une action en payement de l'obligation antérieure qui constitue le tiré son débiteur, de telle sorte qu'il peut, soit agir contre les cautions de cette obligation (1), soit se prévaloir contre son débiteur de tous les droits et priviléges attachés à la créance originaire, auxquels on ne saurait prétendre qu'il a renoncé sous prétexte d'une novation qui se serait opérée au moyen d'un changement dans la personne du créancier.

2213. Toutefois, si la lettre de change n'a pas pour effet nécessaire d'emporter novation et de substituer un créancier à un autre, cette novation ne répugne pas à son essence, et peut résulter des conventions particulières qui en auraient accompagné l'acceptation.

C'est ce qui a lieu par exemple lorsque, sur l'ordre du tireur, accepté par le tiré et par le preneur de la lettre, le tiré a porté sur ses livres le montant de la lettre de change du crédit du tireur, au crédit du preneur. Alors on peut considérer le tiré comme libéré envers le tireur, auquel un nouveau créancier est substitué en la personne du preneur de la lettre. *Quod si debitor, jussus a creditore, in libro suo scripsit se debitorem illius cui jussus est solvere, secuta ratihabitione per eum cui debet fieri solutio, liberatus est debitor a jubente, et illi alteri tantum modo remanet obligatus. Cum igitur ille cui dirigitur tracta,*

(1) Paris, 9 juill. 1828, S., 9, 2, 114; D., 28, 2, 166.

receptis litteris cambii, dirigit scripturam in libris rationum et dat creditum de remissa ei cui facienda est solutio, et sic per solam scripturæ directionem contingit solutio (1). Alors se rencontrent les conditions requises par l'article 1271 du Code civil, à savoir, un nouvel engagement par l'effet duquel un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

Mais il faut bien remarquer que la novation ne résulte pas dans ce cas de cela seul que le montant de la lettre de change aurait été porté au crédit du preneur sur les livres du tiré ; le tiré ne peut se libérer lui-même ; il faut donc un acte qui démontre l'intention du tireur de libérer son débiteur en se substituant un nouveau créancier : intention qui, comme nous l'avons déjà vu, ne résulte pas de la lettre de change, et qui exige une manifestation particulière de volonté. C'est d'après l'ensemble des conventions des parties, *secundum subjectam materiam*, comme dit à ce sujet Raphaël de Turri (2), qu'on peut juger si les mentions faites sur les livres du tiré emportent novation à l'égard du tireur.

2214. Ce qui a été dit plus haut relativement à la cession qui n'emporte pas novation, bien qu'il y ait substitution d'un créancier à un autre en la personne du cédant et du cessionnaire, parce que le cessionnaire représente et continue la personne du cédant (3), doit également se dire de la subrogation (4), parce qu'ici encore le subrogé est censé ne faire qu'une seule et même personne avec le créancier dans les droits duquel il est subrogé ; et surtout parce que la subrogation emporte de la part du subrogé une réserve expresse ou tout au moins tacite des droits attachés à la créance (5), tandis qu'il est au contraire de l'essence de la novation d'emporter l'extinction de ces mêmes droits. *Nihil enim tam repugnat novationi*, disent les docteurs (6), *quam præservatio jurium per antea competentium.*

(1) De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 17, n. 2 et 3.
(2) *Ibid.*, n. 11.
(3) Voy. *sup.*, n. 2211.
(4) *Ibid.*, sect. I, § 2.
(5) Voy. *sup.*, n. 2152.
(6) Voy. Ansaldus, *Disc.* 79, n. 13.

C'est pourquoi, au dire des anciens cambistes, le payement d'une lettre de change par intervention n'opère pas novation de la créance (1) ; ce qui aujourd'hui ne pourrait faire question en présence de l'article 159, qui exclut toute idée de novation, en disposant que celui qui paye une lettre de change par intervention est subrogé aux droits du porteur.

2215. La novation qui résulte d'un changement dans la personne du débiteur, lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier, peut s'opérer de deux manières : soit sans le concours de l'ancien débiteur (2), soit avec son concours (3). Dans le premier cas, il y a expromission ; dans le second cas, il y a délégation.

L'expromission, qui suppose toujours une novation, a lieu lorsqu'un tiers intervenant pour un débiteur déclare se porter débiteur à sa place, et est accepté comme tel par le créancier, qui consent à décharger l'ancien débiteur. *Expromissor definitur ille qui pro alio, novandi animo, promittit* (4). C'est cette décharge qui caractérise l'expromission et conséquemment la novation; si le créancier n'était pas déchargé, l'intervention du tiers constituerait un cautionnement et non une expromission. Cette distinction est très-nettement indiquée par Hip. Marsilli, l'un des plus anciens commentateurs du titre du Digeste *De fidejussoribus*, en ces termes : *Expromissor est ille qui pro non obligato promittit, fidejussor intercedit pro aliquo obligato* (5).

Comme je l'ai déjà dit, l'expromission peut avoir lieu sans le concours de l'ancien débiteur. La question a été autrefois controversée (6), mais aujourd'hui elle ne saurait être douteuse. L'article 1236 du Code civil, qui permet à un tiers non intéressé et agissant en son propre nom de libérer le débiteur en payant pour lui, permet à plus forte raison de le libérer à

(1) Ansaldus, *ubi sup.*; Rote de Gênes, *décis.* 197, n. 4.
(2) C. civ., 1274.
(3) *Ibid.*, 1275.
(4) Ansaldus, *Disc.* 17, n. 9.
(5) *De fidejussoribus* n. 4. — Voy. Pothier, *Des oblig.*, n. 558.
(6) Voy. Faber, *Code*, liv. IV, tit. XIII ; Ansaldus, *Disc.* 27, n. 6 et suiv.

l'aide d'une obligation nouvelle, personnellement contractée par un tiers (1).

On doit donc considérer comme une expromission toute obligation qui a été contractée par un tiers et acceptée par le créancier, dans l'intention clairement établie de libérer le débiteur. Le droit commercial en fournit quelques exemples.

2216. On sait qu'en matière de faillite, l'article 576 du Code de commerce permet en certains cas au vendeur de revendiquer les marchandises expédiées au failli, et que l'article 577 lui permet de retenir les marchandises qui n'ont pas encore été délivrées ni expédiées. L'article 578 ajoute que dans le cas prévu par les deux articles précédents, les syndics ont la faculté d'exiger la livraison des marchandises, en payant au vendeur le prix convenu entre lui et le failli. Cet article autorise une véritable expromission : la masse des créanciers représentée par les syndics, en usant de la faculté que lui confère l'article 578 se met au lieu et place du failli qui est libéré, et contracte envers le vendeur une nouvelle obligation qui remplace l'obligation du failli, laquelle est éteinte.

Il suit de là que le vendeur ne peut opposer à la masse ou aux syndics qui ont exercé la faculté que leur ouvre l'article 578, les exceptions résultant de la faillite, et qu'ils auraient pu opposer au failli. Ainsi, le vendeur ne peut se prévaloir, vis-à-vis des syndics, de l'article 444 du Code de commerce, qui déclare le failli déchu du bénéfice du terme : le failli n'est plus débiteur, c'est la masse qui est débitrice, et à l'égard des dettes auxquelles la masse est directement et personnellement obligée, il n'y a point exigibilité par le fait de la faillite. Si donc la vente a été faite à terme, la masse doit jouir du bénéfice du terme, à la charge seulement de donner caution conformément à l'article 1613 du Code civil (2).

2217. Autre exemple. Le porteur d'une lettre de change, qui, au lieu de recourir contre le tireur ou contre les endosseurs, accorde un délai au tiré qui ne le paye pas à l'échéance,

(1) Toullier, t. VII, n. 273.

(2) M. Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 362.

consent par là à une novation qui libère le tireur et les endosseurs au moyen d'une sorte d'expromission par laquelle le tiré, bien que déjà obligé en son nom propre, assume sur lui seul l'obligation qui pesait également sur les autres coobligés (1). *Novationem dicitur intervenisse et liberationem scribentis litterarum cambii, quando creditor cambii recepit partem pecuniæ debitæ ab eo qui litteras acceptavit et fidem cum eo habuit de residuo* (2).

Il en serait de même dans l'hypothèse inverse si le porteur non payé à l'échéance, au lieu d'agir contre le tiré ou les autres coobligés, accordait un délai au tireur, ou acceptait un nouvel engagement de sa part. Dans ce cas, il n'aurait plus aucun droit contre le tiré ou les autres coobligés qui seraient libérés par la novation, de telle sorte que si le tireur ne satisfaisait pas à son nouvel engagement, le créancier n'aurait plus aucune action en garantie à exercer contre eux.

Mais ce nouvel engagement, constitutif d'une expromission qui opérerait novation, résulterait-il de cela seul que le porteur de la lettre de change non payée à l'échéance l'aurait passée dans le compte courant du tireur et l'en aurait débité ? La solution de cette question dépend des circonstances. Si la lettre de change a été passée au débit du tireur dans son compte avec le porteur par suite d'une opération intérieure qui n'a eu d'autre but que de déterminer l'état du compte courant, rien n'est changé dans la position des divers obligés, et le porteur conserve son recours contre eux (3). Si au contraire il résulte de l'état des faits qu'en passant la lettre au débit du tireur, le porteur a exécuté une convention antérieure par laquelle la lettre de change non payée devait rester au compte du tireur, dont à la même époque le porteur pouvait, d'après les résultats du compte, être constitué débiteur, alors la novation s'est opérée, et le porteur n'a plus contre le tireur que l'action qui résulte du compte courant (4).

(1) Cass., 21 mars 1808, S., 2, 1, 503 ; D., 6, 617.
(2) Casaregis, *Disc.* 44, n. 1 et suiv.
(3) Bruxelles, 18 juill. 1810, S., 3, 2, 308 ; D., 6, 714.
(4) Cass., 9 mars 1864, S., 64, 1, 185.

Dans tous les cas, de ce que le porteur, tout en passant le montant de la lettre de change au débit du tireur, aurait gardé l'effet par devers lui, je ne crois pas qu'on puisse en conclure, ainsi que l'a fait un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1827 (1), qu'il a conservé tous ses droits contre le tiré ou contre les endosseurs, et qu'aucune novation n'ait éteint les droits résultant de la lettre de change : la possession de l'effet par le porteur n'implique aucune contradiction avec les conventions qui, en opérant la novation de l'obligation primitive, en auraient annulé le titre, et qui auraient par suite libéré les coobligés, à qui ce titre cessait d'être opposable.

2218. A la différence de l'expromission, qui n'exige que le concours du créancier et de celui qui se met à la place du débiteur, la délégation exige nécessairement le concours du débiteur : c'est même le débiteur qui y joue le principal rôle, puisque c'est lui qui indique ou délègue le tiers qui doit payer à sa place. Mais cette indication qui, lorsqu'elle est accompagnée de l'engagement du nouveau débiteur, suffit pour qu'il y ait délégation, ne suffit pas pour qu'il y ait novation : il faut de plus que la délégation ait été acceptée par le créancier, et qu'il ait expressément déclaré qu'il entend décharger son débiteur qui a fait la délégation (2). Toutefois cette déclaration expresse n'exige aucune formule sacramentelle : il suffit qu'elle soit la conséquence nécessaire soit de l'ensemble des conventions des parties, soit des termes dans lesquels ces conventions sont conçues (3). La nécessité d'une décharge expresse résout la question autrefois très-controversée de savoir si la délégation parfaite, c'est-à-dire acceptée par le créancier, mais sans décharge expresse, emportait de plein droit novation, et condamne l'opinion qui, spécialement en matière commerciale, décidait qu'il n'y avait jamais de délégation sans novation (4).

(1) S., 8, 1, 708; D., 28, 1, 33.
(2) C. civ., 1275, 1277.
(3) Toullier, t. VII, n. 290; Duranton, t. XII, n. 309.
(4) *Delegatio absque novatione non fit.* — Voy. De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 8, n. 37 et suiv.; quæst. 19, n. 11; Ansaldus, *Disc.* 1, n. 20;

2219. Nous avons vu plus haut que l'acceptation d'une lettre de change n'a pas pour effet d'opérer novation à l'égard du tiré par la substitution d'un créancier à un autre dans la personne du porteur (1). L'acceptation d'une lettre de change n'opère pas non plus novation à l'égard du preneur et du tireur, par la substitution d'un débiteur à un autre en la personne du tiré ou de l'acceptant. Il est bien vrai qu'il y a au fond de toute lettre de change une sorte de délégation du tiré faite par le tireur, délégation acceptée par le créancier ou le preneur. Mais en recevant la lettre de change, même acceptée par le tiré, le preneur ne décharge par le tireur, puisque celui-ci continue d'être obligé pour le cas où le tiré ne payerait pas; et nous venons de voir que, sans cette décharge, la délégation n'emporte pas novation. La question a été autrefois fort controversée entre les cambistes. Les uns voulaient que la remise d'une lettre de change acceptée par le tiré libérât le tireur au moyen d'une novation : *Cùm is cui fit remissa nominatur in litteris, non solùm ad effectum mandati in eum collocati à datore de exigendo, sed etiam ad effectum acquirendi obligationem ab eo cui fit tracta, et id ex expressâ voluntate tam debitoris quàm stipulatoris ex cambio, nil mirum si novare potest, ut de facto passim novare solet* (2). Les autres, au contraire, voulaient que le tireur restât obligé jusqu'à ce que la lettre de change eût été payée : *Dator litterarum cambii remanet obligatus, usquè dùm litteræ fuerint completæ* (3) ; et conséquemment que l'acceptation du tiré n'opérât aucune novation au profit du tireur : *Non inducitur novatio ex solâ acceptatione ordinis et promissione solvendi* (4). C'est cette dernière opinion qui a prévalu, et aujourd'hui il n'y a plus de doute possible.

Disc. 3, n. 16; *Disc.* 17, n. 12 et suiv. ; Rote de Gênes, *décis.* 2, n. 24 ; *décis.* 19, n. 7 ; *décis.* 99, n. 2.

(1) Voy. *sup.*, n. 2212.

(2) De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 8, n. 30 et suiv. ; Scaccia, p. 374, n. 246 et suiv., et 313.

(3) C'était la coutume de Gênes : *Ex notoriâ et generali consuetudine mercatorum Genuæ, quia quotiescumque quis facit litteras cambii et ille cui diriguntur acceptat et posteà non solvit, scribens remanet obligatus* (Rote de Gênes, *décis.* 2, n. 41).

(4) Balde, *in leg. Si litterarum, Cod. de solut.* ; Casaregis, *Disc.* 436, n. 4

Mais, de même que nous l'avons déjà vu en parlant de l'expromission (1), le preneur ou le porteur qui, au lieu d'exiger du tiré son payement à l'échéance, lui ferait crédit et lui accorderait un délai, et qui l'accepterait ainsi pour son créancier unique, *si per eum esset illius fides secuta*, déchargerait le tireur, et ajouterait ainsi à la délégation ce qui lui manquait pour opérer la novation (2). Il en serait de même si, au lieu de recevoir un payement effectif, le porteur avait consenti à ce que le montant de la lettre de change entrât dans un compte courant qu'il aurait chez le tiré (3).

2220. Comme je l'ai déjà dit, la novation entraîne l'extinction de l'ancienne obligation et de ses accessoires, tels que priviléges, hypothèques, cautionnement, etc. Puisqu'elle a la force d'un payement, *vim solutionis* (4), elle doit produire les mêmes effets (5).

2221. Ces effets sont même indépendants de la validité de l'obligation nouvelle et des événements ultérieurs qui en empêcheraient l'exécution. *La novazione*, dit Casaregis, *nasce subito dalla di lui creazione del nuovo contratto innovativo del primo*, *e non dalla di lui esecuzione* (6). Ainsi, la nullité du titre nouveau, la perte ou l'éviction de la chose donnée en payement, l'insolvabilité du débiteur délégué, ne font pas revivre les droits qui résultaient de l'obligation dont la novation a procuré l'exctinction.

Mais il en serait autrement si l'obligation nouvelle était atteinte d'une nullité radicale, et dénuée par conséquent de toute existence soit civile, soit naturelle. En effet, de même que la validité de la novation ou de la seconde obligation est subordonnée, ainsi que nous l'avons déjà vu, à l'existence de

et suiv.; *Disc.* 58, n. 2 et suiv.; *Disc.* 78, n. 22; *Disc.* 190, n. 16 et 17; Ansaldus, *Disc.* 17, n. 26; Rote de Gênes, *décis.* 2, n. 41; *décis.* 168, n. 2.

(1) Voy. *sup.*, n. 2212.

(2) Rote de Gênes, *décis.* 1, n. 37 et suiv.; de Luca, *De credito*, *Disc.* 25, n. 2 et 3.

(3) De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 19, n. 23; Rote de Gênes, *décis.* 4, n. 13.

(4) Casaregis, *Disc.* 21, n. 6 et suiv.

(5) Voy. *sup.*, n. 2140.

(6) *Disc.* 198, n. 12.

la première (1), de même aussi l'extinction de la première est subordonnée à l'existence de la seconde.

Si donc, par exemple, la chose donnée en payement n'existait plus au moment où la novation est conclue, la novation ne produirait aucun effet, parce que la dation en payement serait nulle faute d'objet ; tandis que si le créancier qui a reçu une chose en payement en était évincé plus tard par un tiers, la première obligation n'en serait pas moins éteinte, sauf toutefois l'action en garantie que ce créancier pourrait exercer contre son ancien débiteur (2).

2222. Quand la novation résulte d'une délégation et que le délégué est en état de faillite ou de déconfiture, l'article 1276 du Code civil accorde au créancier un recours contre le débiteur qui a fait la délégation, pourvu que ce recours soit expressément réservé par l'acte.

Remarquons que pour l'exercice de ce recours, qui n'était pas admis par l'ancienne coutume commerciale (3), il faut que la faillite soit ouverte, c'est-à-dire déclarée; il ne suffirait pas que le délégué fût en état de cessation de payements, si cette cessation de payements n'avait pas été suivie d'un jugement déclaratif. C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'article 1276 du Code civil, qui vient ainsi à l'appui du système que j'ai longuement développé sur la nécessité d'un jugement déclaratif pour la constitution légale de l'état de faillite (4).

2223. Nous avons déjà vu (5) que, par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. De même la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, l'accession des cautions, l'ancienne obligation

(1) Voy. *sup.*, n. 2293.

(2) Casaregis, *Disc.* 42, n. 6.

(3) *Decoctio debitoris delegati non facit quia nihilominus delegans remaneat liberatus* (Ansaldus, *Disc.* 3, n. 19; Rote de Gênes, *décis.* 60, n. 11; Scaccia, *De com.*, § 2, gl. 5, n. 296 et suiv.).

(4) Voy. *sup.*, t. II, n. 1166.

(5) Voy. *sup.*, t. III, n. 2042.

subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement (1).

SECTION III. — DE LA REMISE DE LA DETTE.

SOMMAIRE. — 2224. Ce que c'est que la remise de la dette. Remise volontaire. Remise forcée ou concordat. — 2225. Remise volontaire. Capacité. — 2226. Formes : expresse ; tacite. — 2227. Présomptions diverses. Remise du titre. — 2228. La quittance du capital, donnée sans réserve, emporte-t-elle remise des intérêts ? — 2229. Porter une créance sur les livres à l'article des pertes n'est pas en faire la remise. — 2230. Renonciation aux garanties ; au nantissement ; à la caution. — 2231. Effets de la remise relativement aux codébiteurs solidaires ;... relativement aux cautions, aux endosseurs, à l'accepteur. — 2232. Remise forcée ou concordat. Termes : Renvoi. Qui peut consentir au concordat ; mineurs ; parents ; femmes. — 2233. Effets du concordat relativement à la caution du débiteur. — 2234. De la caution d'un créancier hypothécaire. — 2234 *bis*. De la remise résultant d'un concordat amiable. — 2235. La résolution du concordat fait revivre la totalité des dettes relativement aux cautions, comme relativement au débiteur principal. — 2236. Des cautions qui interviennent au concordat.

2224. La remise de la dette est la renonciation du créancier aux droits qui lui appartiennent contre le débiteur. Cette renonciation, soit qu'elle ait lieu gratuitement, soit qu'elle intervienne à la suite d'arrangements particuliers et à titre onéreux, éteint, dans un cas comme dans l'autre, l'obligation dont le créancier fait remise au débiteur, en consentant à ne pas s'en prévaloir.

La remise de la dette est volontaire ou forcée.

La remise volontaire est celle qu'un créancier fait à son débiteur, soit de son propre mouvement, soit en exécution d'une convention antérieure ; ou bien encore, celle qui est faite par plusieurs créanciers, d'un consentement unanime, et sans que la volonté des uns ait été ou ait pu être imposée aux autres.

La remise forcée est celle qui, étant faite par plusieurs créanciers collectivement, peut être imposée par la majorité à la minorité, et par les créanciers présents et délibérants aux créanciers absents. Elle conserve le caractère de remise

(1) C. civ., 1281.

forcée, lors même qu'il y aurait entre tous les créanciers unanimité pour l'accorder au débiteur, parce qu'elle aurait également lieu quand bien même la volonté de tous les créanciers ne se confondrait pas dans un vote unanime. La remise forcée est particulière au droit commercial, et n'a lieu que par suite du concordat intervenu entre un débiteur failli et ses créanciers.

Quoique la remise volontaire puisse avoir lieu aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile, il y a cependant peu de chose à en dire ici, parce que c'est une des manières les moins ordinaires d'éteindre une obligation commerciale. La remise volontaire implique le plus souvent une libéralité; et rien ne répugne plus que la libéralité au caractère des actes commerciaux qui ont toujours et nécessairement le profit pour objet essentiel. Nous allons cependant indiquer les principes généraux qui régissent la remise volontaire, avant de rappeler les règles particulières à la remise forcée ou au concordat commercial.

2225. La capacité nécessaire pour faire ou accepter la remise d'une dette se détermine par le caractère même de cette remise. Si elle est faite à titre gratuit, toute personne capable de donner ou de recevoir à titre gratuit, peut la faire ou l'accepter. Si elle est faite moyennant un prix, elle exige de la part du débiteur la capacité d'aliéner, et de la part du créancier la capacité d'acquérir à titre onéreux (1).

2226. La remise de la dette n'est en général soumise à aucune forme particulière. Elle peut donc être faite expressément ou tacitement; mais, dans l'un comme dans l'autre cas, elle constitue un contrat qui ne lie les parties que lorsqu'il est devenu parfait. Il suit de là que la remise peut être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui au profit de qui elle est faite, de telle sorte que, si elle a été offerte par lettre, elle ne devient définitive et irrévocable qu'après que celui à qui elle a été offerte a répondu qu'il l'acceptait (2).

(1) Pothier, n. 583 et suiv.; Toullier, t. VII, n. 320 et 333; Duranton, t. XII, n. 342 et suiv.

(2) Pothier, n. 578; Toullier, n. 321; Pardessus, n. 252. — Voyez, sur la formation des contrats par lettres, *sup.*, t. III, n. 1453 et suiv.

2227. La renonciation à un droit ne se présumant jamais, il en résulte qu'en général la remise tacitement faite ne se présume pas, et doit être clairement établie par l'ensemble des actes ou des faits dont on prétend la faire résulter. Cependant il est certains actes auxquels la loi attache une présomption de remise tacite. Ainsi, aux termes de l'article 1282, la restitution volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve complète de la libération du débiteur, et conséquemment de la remise de la dette qui est un moyen de libération (1), sans que le créancier puisse être reçu à prouver que cette restitution volontaire n'a pas eu lieu dans le but de libérer le débiteur. Mais le créancier peut être reçu à prouver que la restitution n'a pas été volontaire. Ce n'est pas à la possession du titre que le Code attache la preuve de la libération : c'est à la remise ou à la restitution de ce titre. Or, si la possession fait présumer cette restitution, il me paraît manifeste qu'elle n'en fait pas preuve complète, et que le créancier peut, dès lors, être admis à combattre cette présomption par des présomptions ou par des preuves contraires (2).

Ainsi encore, aux termes de l'article 1283, la restitution volontaire de la grosse du titre notarié, fait présumer la remise de la dette ou le payement; mais, dans ce cas, le créancier qui peut encore prouver l'existence de la créance et en poursuivre le payement, en se faisant délivrer une seconde grosse, est admis à prouver que la remise de la première, quoique faite volontairement, n'a pas eu pour but de libérer le débiteur (3).

2228. En dehors des présomptions signalées par la loi, il s'en rencontre d'autres que les circonstances peuvent élever à la hauteur d'une preuve complète. Telle est la quittance

(1) *Litteræ cambii solutæ solent remanere penes debitores* (Rote de Gênes, *décis.* 26, n. 23).

(2) Cass., 17 avril 1860, S., 60, 1, 518. — Voy., au surplus, sur la question, qui n'est pas sans difficultés, Pothier, n. 572 ; Toullier, t. VII, n. 324 et suiv.; Duranton, t. XII, n. 364.

(3) Duranton, t. XII, n. 365. — Voy. Bordeaux, 11 juill. 1859, S., 60, 2, 92.

donnée sans réserve pour le capital, de laquelle on peut facilement induire la remise des intérêts (1).

2229. Scaccia examine la question de savoir si, par cela seul qu'un commerçant a porté sur ses livres une créance véreuse à l'article des pertes, *inter avarias*, on doit en conclure qu'il a fait remise de la dette au débiteur sur la solvabilité duquel il ne croyait pas devoir compter : et il décide avec raison qu'on ne peut trouver dans un pareil fait rien qui implique l'intention de remettre la dette, alors même qu'on y trouverait la preuve que le créancier considérait la créance comme définitivement perdue. Il se fonde sur ce que la remise d'une dette est un acte essentiellement volontaire, tandis qu'une perte est un malheur auquel on se résigne parce qu'on ne peut faire autrement, mais auquel on ne consent pas, et qui ne change pas de caractère par sa mention sur des registres qui doivent présenter l'état exact et véritable des affaires du créancier : *Pati avariam non est donare, remittere vel renuntiare, sed est coactè damnum pati : ergo creditor indicando in ejus libris avariam, non liberat debitorem* (2). Et Scaccia ajoute que telle était, de son temps, la pratique commerciale : *Et ità de stylo servari sæpe à mercatoribus audivi.*

2230. De même les actes par lesquels le créancier manifesterait sa confiance dans la bonne foi ou dans la solvabilité de son débiteur, en renonçant aux garanties qui lui auraient été primitivement accordées, n'impliquent pas une renonciation à la créance même. C'est ce qui a lieu spécialement aux termes de l'art. 1286 du Code civil pour la restitution de la chose donnée en nantissement, qui ne suffit pas pour faire présumer la remise de la dette ; et, aux termes de l'article 1287, pour la remise accordée à la caution, qui ne libère pas le débiteur principal.

2231. La preuve ou la présomption résultant de la restitution du titre original, ou de la grosse du titre, profite au co-

(1) *Recipiens sortem absque protestatione remittit interesse* (Rote de Gênes, *décis.* 86, n. 3).

(2) *De comm., et camb.*, § 2, gl. 5, n. 37 et suiv.

débiteur de celui à qui cette restitution a été faite (1). De même la remise ou décharge conventionelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers, auquel cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part du codébiteur à qui il a fait remise (2).

Quant à la remise accordée au débiteur principal, elle libère les cautions qui ne peuvent être obligées qu'accessoirement; mais celle qui est accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres, parce que les obligations des diverses cautions sont indépendantes (3). C'est pourquoi la remise faite à l'un des endosseurs coobligés au payement d'une lettre de change, qui sont à la fois codébiteurs et cautions les uns des autres, ne libère par les autres coobligés contre lesquels le porteur ne cesse pas d'avoir un recours, tandis que la remise faite à l'accepteur, qui est l'obligé principal, libère les endosseurs qui ne sont tenus que comme cautions et pour le cas seulement où l'accepteur ne payerait pas.

2232. Je borne à ces courtes indications les explications relatives à la remise volontaire, et j'arrive à la remise forcée résultant d'un concordat, la seule qui présente en matière commerciale un véritable intérêt.

Sur ce point encore, j'aurai peu de chose à dire. En parlant de l'effet des obligations à l'égard des tiers, j'ai déjà exposé les règles particulières au concordat, comment il se forme et comment il devient obligatoire pour tous les créanciers (4); je n'ai donc pas à y revenir ici, et je me bornerai à entrer dans quelques détails sur la capacité nécessaire pour concourir au concordat et sur son effet à l'égard des cautions, points sur lesquels la remise forcée qui a lieu par l'effet du concordat, diffère essentiellement de la remise volontaire.

Nous avons vu tout à l'heure (5) qu'il faut être capable de

(1) C. civ., 1284.
(2) *Ibid.*, 1285.
(3) *Ibid.*, 1285.
(4) Voy. *sup.*, t. III, n. 1730 et suiv.
(5) Voy. *sup.*, n. 2225.

contracter, d'aliéner et d'acquérir, pour pouvoir faire ou accepter une remise. Il en est autrement du concordat : pour y consentir, il n'est pas nécessaire d'être capable d'aliéner, et j'ai expliqué assez longuement, en traitant de la capacité des mineurs, agissant seuls ou avec l'assistance de leur tuteur, comment le tuteur d'un mineur peut, sans l'autorisation du conseil de famille, prendre part à un concordat dans une faillite dont le mineur est créancier (1). Pothier en donne une fort bonne raison en disant que la remise qui a lieu par concordat, n'étant pas faite tant *animo donandi* que dans l'intention de s'assurer par ce moyen du surplus de la dette, peut passer pour un acte d'administration dont un tuteur est capable (2).

Une question qui a quelque analogie avec celle qui précède et qui peut être considérée jusqu'à un certain point comme une question de capacité, est celle de savoir si les ascendants ou les descendants du failli, son conjoint, peuvent voter au concordat. Ce point a été autrefois très-vivement controversé. Casaregis (3), après avoir cité des auteurs aujourd'hui fort inconnus (4), qui excluaient même les parents du droit de prendre part au concordat, *in hoc numero majoris partis creditorum non esse computandos consanguineos debitoris, qui se subscripserunt illius accordio*, se prononce pour l'opinion contraire avec Straccha (5), *qui rectius in contrarium tenuit*, et un grand nombre d'autres auteurs parmi lesquels on remarque notre Tiraqueau (6); tandis que, d'un autre côté, il se joint au cardinal de Luca (7), pour condamner l'opinion de ceux qui permettaient à la femme du failli de prendre part au concordat : il ne veut pas qu'elle y apporte un vote dont l'affection ou la crainte altéreraient la liberté, *ob rationem summæ suspi-*

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1087 et suiv.
(2) *Des oblig.*, n. 583.
(3) *Disc.* 172, n. 7 et suiv.
(4) Rodrigues, *De concursu credit.*, part. I, *proœm.*, n. 37.
(5) *De decoct.*, part. VI, n. 9.
(6) *De utroq. retrat. in præfat.*, n. 44.
(7) *De credito, Disc.* 152, n. 16.

cionis et non liberi assensûs, sive propter nimiam affectionem, sive propter metum reverentialem.

Mais sous le droit positif moderne les incapacités ne se présument pas ; on ne peut donc, en l'absence d'un texte prohibitif, refuser aux ascendants ou aux descendants du failli, à sa femme, de concourir par leur vote à un concordat qui peut leur être opposé (1). Si des raisons de convenance ne permettent pas d'accueillir la provocation de faillite, par un fils contre son père, par une femme contre son mari (2), aucune raison de ce genre ne s'oppose, lorsque la faillite est déclarée, à ce qu'ils puissent y débattre leurs intérêts, ou y défendre ceux du failli. Pothier fait même très-bien remarquer que la remise qu'une femme ferait par concordat à son mari failli, de ce qu'il lui doit, ne serait pas atteinte par les lois qui limitent la faculté que les époux ont de se faire des donations ou des libéralités, une pareille remise étant faite plutôt par composition que par donation (3).

2233. Nous avons vu plus haut que la remise accordée au débiteur principal libère les cautions. Mais il en est autrement de la remise partielle accordée par le concordat au débiteur principal failli. La raison de cette différence est que la remise accordée au failli n'est pas volontaire (4), ni faite dans l'intention de rendre meilleure la condition du failli, et de lui procurer une libération proprement dite; mais dans le seul but de lui permettre de payer plus sûrement la somme à laquelle est réduite la créance primitive. Le concordat suppose moins une remise proprement dite, qu'une sorte de constatation légale de l'impossibilité dans laquelle se trouve le débiteur de payer au delà d'une certaine somme. Et il est clair que cette impossibilité ou cette insolvabilité relative ne peut porter aucune atteinte au droit du créancier contre la caution du débiteur, puisque ce droit existe précisément dans la prévision d'une insolvabilité plus ou moins complète, quelle que

(1) Cass., 22 août 1843, S., 44, 1, 186.
(2) Pardessus, n. 1099; Boulay-Paty, n. 35; M. Renouard, t. I, p. 271.
(3) *Des oblig.*, n. 586.
(4) Voy. *sup.*, n. 2844.

soit d'ailleurs la manière dont cette insolvabilité est constatée.

Toutefois, la question a fait difficulté, et une distinction a pendant assez longtemps prévalu, dans la doctrine et dans la pratique, entre les créanciers qui avaient consenti au concordat et ceux qui n'y avaient pas consenti : on refusait aux premiers le recours contre les cautions, mais on l'accordait aux seconds. Straccha (1) a été l'un des premiers à faire prévaloir un système dont il aurait d'autant moins dû se faire le défenseur qu'il avait lui-même posé ce principe, fondamental en matière de concordat, que la volonté de la majorité fait la loi de la minorité, et que tous les créanciers, soit qu'ils y consentent, soit qu'ils s'y refusent, sont également liés par le traité qui lie la masse et le failli (2), de telle sorte que, si un recours avait dû être refusé aux uns, on n'aurait pu l'accorder aux autres.

C'est une loi romaine qui a égaré Straccha. En droit romain, le traité consenti entre un débiteur et la majorité de ses créanciers obligeait la minorité quand il était approuvé par décret du préteur (3), absolument comme aujourd'hui le concordat homologué par le tribunal de commerce lie tous les créanciers. Cependant la loi 58, § 1, ff. *Mandati vel contrà* faisait, pour un cas analogue, une distinction qui semble contredire ce principe. Cette loi prévoit le cas où l'héritier d'une succession chargé de dettes fait avec les créanciers un traité par lequel ceux-ci consentent à une réduction sur le montant de leurs créances, moyennant quoi l'héritier s'engage à accepter la succession qu'il aurait répudiée si les créanciers n'avaient pas consenti à cette réduction (4). Ce traité consenti par la majorité obligeait la minorité vis-à-vis de l'héritier ; mais l'obligeait-elle également vis-à-vis de la caution du défunt? Là-dessus, cette loi décide, par un motif d'équité (5), que le traité

(1) *De decoct.*, part. VI, n. 14.

(2) *Ibid.*, part. IV, n. 9 et 13. — Voy. *sup.*, t. III, n. 1730.

(3) L. 7, § 19, ff. *De pactis;* L. 10, *in pr.*, *ibid.*

(4) Voy. Cujas, sur cette loi.

(5) *Iniquum est.*

fait avec l'héritier, qui ne pouvait être opposé, par la caution du défunt, aux créanciers absents ou refusants, pouvait être opposé aux créanciers présents et consentants. Or, il est manifeste que cette loi qui, en distinguant entre la majorité et la minorité, n'avait entendu rendre qu'une décision d'équité, n'avait pas davantage entendu rendre une décision de principe en libérant la caution vis-à-vis de la majorité. C'est à tort, dès lors, que Straccha y a puisé un motif juridique à l'appui de la distinction qu'il empruntait au droit romain, et on n'y trouve même pas un argument en faveur du système qui voudrait que la caution du failli pût se prévaloir du concordat obtenu par le débiteur principal.

Quoi qu'il en soit, la question n'était pas unanimement décidée sous l'ancien droit ; le parlement de Paris était divisé (1). Des hésitations se sont même produites sous l'empire de la législation nouvelle malgré le texte formel de l'article 545 du Code de commerce, aux termes duquel, nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les coobligés du failli ; mais elles tendent à disparaître (2), et la jurisprudence des arrêts décide aujourd'hui d'une manière uniforme que la remise ou décharge accordée par concordat au débiteur failli, ne libère pas la caution qui reste obligée pour toute la dette, et non pas seulement jusqu'à concurrence de la somme à laquelle la créance se trouvait réduite (3).

On faisait autrefois à ce système une objection capitale, si elle eût dû rester sans réponse, et à laquelle il faut bien reconnaître qu'on ne répondait pas d'une manière satisfaisante. Si, disait-on, la caution ne profite pas du concordat, et peut être obligée de payer la totalité de la dette, il arrivera

(1) Montholon, n. 114 ; *Journal du Palais*, arrêt du 22 mai 1682 ; Pothier, *Des oblig.*, n. 380.

(2) Toullier, t. VII, n. 330, — Duranton, t. XII, n. 376, dans son *Cours de droit civil*, se prononce contre les cautions, après s'être prononcé en leur faveur dans son *Traité des contrats*, n. 390 et suiv.

(3) Lyon, 14 juin 1826, S., 8, 2, 243 ; et 14 avril 1833, S., 33, 2, 428 ; Paris, 2 juin 1831, *ibid.*, 32, 2, 211 ; Cass., 9 août 1842, *ibid.*, 1842, 1, 845. — V. MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 434 et suiv.

indirectement que le débiteur n'en profitera pas lui-même à cause du recours que la caution qui aura payé la totalité aura contre lui. « La réponse est, disait Pothier (1), que cela n'arrivera pas, parce que le fidéjusseur qui a payé le total est, en sa qualité de créancier de cette somme pour son indemnité, obligé, aussi bien que les autres créanciers, d'accéder au contrat d'atermoiement, et de faire sur cette indemnité, au débiteur principal, les remises qui sont portées audit contrat. » Pothier avait emprunté cette réponse à Cujas, qui lui-même l'avait trouvée dans la loi 58, § 1 ff. *Mandati vel contrà*, que j'ai déjà citée, et qui, comme on l'a vu, permettait aux créanciers absents ou non consentants de recourir pour le tout contre la caution du débiteur défunt, malgré la remise accordée à l'héritier. *At quia dicere quis posset*, dit Cujas (2), *non esse absenti creditori servandam electionem in solidum adversus mandatorem vel fidejussorem, hac ratione, quod si a mandatore, vel fidejussore, solidum exigetur effectus, vi ipsâ et effectu ipso, et hæres debitoris in solidum tenetur, cui tamen initio diximus proficere pactionem, quia quod solvit mandator vel fidejussor in solidum, videtur posse repetere ab hærede : hoc argumentum ut removeat Paulus ait hæredem debitoris, etiam mandatori vel fidejussori, licet solidum exsolverint, non teneri nisi in portionem de quâ convenit.*

Mais, comme l'a très-bien fait remarquer un auteur moderne (3), lors même qu'on pourrait assimiler la caution ou le fidéjusseur qui a payé pour le débiteur depuis le concordat, et qui, par conséquent, n'était pas créancier au moment de ce traité, aux créanciers qui y ont pris ou dû prendre part, on arriverait encore, dans le système de Pothier et de Cujas, en permettant au créancier de recourir contre la caution pour le tout, à faire payer au débiteur lui-même une partie de la somme dont il a obtenu la remise. Supposons, en effet, un débiteur failli qui a obtenu remise de 50 p. 100 et qui a payé les 50 p. 100 au créancier garanti par une caution. Ce créancier, qui a un recours pour le tout contre la caution, pourra

(1) *Des oblig.*, n. 380.
(2) Sur cette loi, *in fine*.
(3) Duranton, t. XII, n. 378.

lui demander les 50 p. 100 qui lui restent dus; et si l'on considère la caution comme un nouveau créancier des 50 p. 100 qu'elle a payés, elle aura le droit, aux termes du concordat, d'en demander la moitié, soit 25 p. 100, au débiteur failli qui se trouvera en définitive avoir payé 75 p. 100 d'une dette que le concordat avait réduite à 50.

Il est évident que si le recours intégral contre la caution d'un débiteur failli, qui a obtenu un concordat, devait conduire à des conséquences si contraires au but même du concordat, les plus graves objections s'élèveraient contre le système qui accorderait ce recours au créancier.

Le fait est que la caution n'a de recours contre le débiteur failli, pour ce qu'elle a payé, que dans des limites telles que le failli ne puisse jamais payer lui-même plus qu'il ne doit payer aux termes du concordat.

Les droits de la caution, et conséquemment la responsabilité du débiteur, sont réglés dans ce cas par les art. 542 et 543 du Code de commerce, qui tranchent des points longtemps restés douteux et indécis.

D'après l'article 542, le créancier porteur d'engagements souscrits endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, participe aux distributions dans toutes les masses et y figure pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement.

L'article 543 ajoute qu'aucun recours pour raison de dividendes payés n'est ouvert aux faillites des coobligés les unes contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion des dividendes que donneraient ces faillites excéderait le montant total de la créance, en principal et accessoire, auquel cas cet excédant sera dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants.

Du premier de ces articles résulte, ainsi que je l'ai déjà expliqué en parlant des codébiteurs solidaires (1), que la caution est assimilée à un codébiteur solidaire, avec cette seule différence que, si elle n'est pas solidaire, elle jouit du bénéfice de discussion, ne profite pas des remises accordées au débiteur

(1) Voy. *sup.*, n. 2020 et suiv.

principal failli : si l'article 542 lui défend d'en profiter quand elle-même est en faillite, et veut quelle paye un dividende calculé sur la valeur nominale du titre, à plus forte raison, si elle n'est pas en faillite, est-elle tenue de payer cette valeur nominale.

Et du second de ces articles résulte, comme je l'ai également expliqué relativement aux codébiteurs solidaires (1), que la caution, qu'elle soit ou non elle-même en état de faillite, n'a de recours à exercer que lorsque ce qu'elle a payé, réuni au dividende dû par le débiteur principal, excède la totalité de la dette; c'est-à-dire que si le créancier recourt contre la caution après avoir touché un dividende dans la faillite du débiteur principal, ce dividende doit être défalqué du total dont la caution est débitrice; et que si la caution a payé le total, elle a un recours contre le débiteur principal failli, jusqu'à concurrence du dividende par lui dû, et non encore payé; de telle sorte que le débiteur principal ne peut jamais être tenu de payer au delà du chiffre auquel le concordat a réduit la créance, et que la caution n'a de recours contre lui que lorsqu'il n'a pas encore payé ce chiffre. La raison en est que, pour le failli, le dividende déterminé par le concordat représente l'intégralité de la dette; de telle sorte que, lorsqu'il a payé ce dividende, il ne doit plus rien à personne, ni au créancier qui a fait la remise, ni à la caution qui aurait payé au delà et qui ne peut le contraindre à payer deux fois (2).

On voit donc comment on doit répondre à l'objection que Pothier et Cujas n'avaient pas complétement détruite, et comment aucune raison tirée de l'intérêt du débiteur principal failli n'empêche les créanciers de recourir pour le tout contre la caution, malgré la remise accordée à ce débiteur (3).

2234. Une autre question est de savoir si ce recours est ouvert aux créanciers hypothécaires qui ont pris part au con-

(1) Voy. *sup.*, n. 2058 et suiv.

(2) Voyez, pour les plus amples explications qu'exige le système des articles 542 et 543 du Code de commerce, ce que j'ai dit, *sup.*, n. 2020 et suiv., de manière à n'avoir plus besoin d'y revenir ici.

(3) V. MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 438 et suiv.

cordat, et si la remise accordée par eux au débiteur failli libère le tiers qui aurait donné un cautionnement hypothécaire. La difficulté vient de ce que le créancier hypothécaire, qui prend part au concordat, renonce à son hypothèque, et devient simple chirographaire (1); d'où l'on peut conclure qu'en renonçant aux garanties hypothécaires que lui avait données son débiteur, il renonce également aux garanties que lui avait données la caution du débiteur. Telle est, en effet, l'opinion qui me paraît devoir être adoptée, par ce motif que le concours du créancier hypothécaire au concordat n'a rien de forcé : il est purement volontaire. Si le créancier renonce à son hypothèque pour devenir simple chirographaire, c'est parce qu'il le veut bien. La remise de l'hypothèque et d'une partie de la créance est donc volontaire comme le concours du créancier, et profite alors à la caution en vertu de la règle générale de l'article 1289 du Code civil, qui reprend son empire dès que vient à cesser la cause particulière qui en suspendait l'application. C'est en ce sens que s'est prononcé un arrêt de la cour de Bordeaux du 28 août 1826 (2), dont les motifs, d'ailleurs fort insuffisants, ne laissent pas pressentir que cette cour ait entrevu le nœud de la difficulté (3).

2234 *bis*. On s'est demandé si la remise consentie par les créanciers à leur débiteur en état de cessation de payements, mais non judiciairement déclaré en état de faillite, par un traité ou concordat amiable, produisait vis-à-vis des cautions le même effet que la remise faite par un concordat judiciaire? La Cour de cassation à qui la question a été soumise a décidé, avec raison, que si l'article 545 du Code de commerce veut qu'à la différence de la remise volontaire de la dette, la remise forcée résultant du concordat laisse subsister les droits et actions des créanciers contre les cautions du failli, l'application de cette disposition spéciale, qui déroge au principe établi par l'article 1287 du Code civil, doit être restreinte au cas où un concordat a été formé par la réunion des conditions

(1) Voy. *sup.*, n. 2200. — C. com., art. 508.

(2) S., 8, 2, 282.

(3) MM. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 438, note.

exigées par le Code de commerce après l'accomplissement des formalités prescrites en matière de faillite, parce que la remise accordée en l'absence de ces formalités, n'étant obligatoire que pour les créanciers qui ont concouru au traité et seulement en vertu du consentement individuel de chacun d'eux, constitue une remise volontaire dont les conséquences sont réglées par les articles 1287 et 2037 du Code civil et non par l'article 545 du Code de commerce (1).

Et il en doit être ainsi lors même que dans le concordat amiable les créanciers se seraient réservé leurs droits contre la caution, si celle-ci n'a pas adhéré à ces réserves, l'effet libératoire que la remise volontaire produit au profit de la caution ne pouvant être détruit que du consentement de la caution elle-même (2).

2235. Remarquons d'ailleurs que, dans tous les cas où le concordat aurait eu pour effet de libérer les cautions du failli, la résolution de ce traité, en faisant revivre l'intégralité des dettes partiellement remises, replacerait les cautions dans les liens dont le concordat les aurait affranchies. Les cautions ne peuvent avoir plus de droits que le débiteur principal, et prétendre à une remise pure, simple et définitive, quand celui-ci n'a obtenu qu'une remise conditionnelle et subordonnée à l'exécution des obligations nouvelles qu'il a contractées envers ses créanciers (3).

2236. Il n'est pas besoin de faire remarquer que les cautions qui sont intervenues au concordat pour garantir l'exécution des obligations prises par le failli ne sont liées que dans les termes mêmes et dans la mesure déterminée par le concordat, et que les explications qui précèdent sur les effets de la remise, relativement aux cautions, leur sont complétement inapplicables.

(1) Cass., 17 juin 1867, D., 67, 1, 219; Caen, 10 juin 1868, D., 68, 2, 97.
(2) Caen, 10 juin 1868, D., 68, 2, 97.
(3) C. com., 520.

SECTION IV. — DE LA COMPENSATION.

SOMMAIRE. — 2237. Définition de la compensation. — 2238. Diverses espèces de compensation. — 2239. Elle a lieu de plein droit. Notions historiques sur l'introduction de cette règle. — 2240. Elle doit être opposée par celui qui veut s'en prévaloir. — 2241. On peut renoncer à la compensation acquise; cette renonciation ne se présume pas. La compensation peut être opposée en tout état de cause. — 2242. Exemple de renonciation fourni par Scaccia. — 2243. On peut renoncer à la compensation non acquise. — 2244. Effets de cette renonciation à l'égard des parties et à l'égard des tiers : renvoi. — 2245. Conditions de la compensation. Conditions relatives aux dettes. Nature réciproque. Fongibilité. — 2246. Compensation des dettes de sommes d'argent. *Quid* du cas où une somme d'argent est due *in genere*, et une autre *in specie?* — 2247. La compensation s'opère quoique les deux dettes ne soient pas payables dans le même lieu. Explication de l'art. 1296 C. civ. Quand y a-t-il lieu de faire raison des frais de remise? Dettes payables en lieux divers, mais aux domiciles des créanciers... Hors du domicile des créanciers respectifs... Aux domiciles des débiteurs. — 2248. La compensation, dans ce cas, a-t-elle lieu de plein droit? — 2249. En quoi consistent les frais de remise? — 2250... Quand le change est au pair. — 2251... Quand les lettres de change sur le lieu du payement gagnent. — 2252... Quand elles perdent. — 2253. Dans ce dernier cas, celui à qui la compensation est opposée doit-il faire raison de l'excédant? — 2254. Celui à qui une somme est due dans un certain lieu, ne peut opposer la compensation. — 2255. Du cas où les deux dettes peuvent donner lieu à des frais de remise. — 2256. De la compensation entre marchandises ou choses fongibles. — 2257. De la compensation entre une dette de marchandises ou de denrées dont le prix est réglé par les mercuriales, et une dette d'une somme d'argent. — 2258. Il faut, pour qu'il y ait compensation, que les dettes soient liquides. Ce qu'on entend par dette liquide. — 2259. Quand la dette qui résulte de l'obligation de restituer des intérêts usuraires est-elle liquide? — 2260. Il faut pour la compensation que la dette soit exigible. Quand la dette est-elle exigible? Échéance. De l'échéance déterminée ou indéterminée en matière de lettres de change. Des lettres de change à vue ou à un terme de vue. — 2261. Le débiteur d'une lettre de change non échue ou à un terme de vue peut-il, lorsqu'elle est présentée à son acceptation, ne l'accepter que sous réserve d'opposer à l'échéance la compensation de ce que lui doit le porteur actuel? Opinions diverses. — 2262. Solution de la question. Cette réserve n'est pas opposable à celui qui est porteur à l'échéance. — 2263. Elle est l'équivalent d'un refus d'accepter, et autorise un recours contre le tireur et les endosseurs. — 2264. De l'exigibilité par le fait de la diminution des sûretés promises. — 2265. De l'exigibilité par le fait de la faillite de l'un des débiteurs. Elle ne peut servir de prétexte à la compensation. — 2266... Sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les dettes commerciales et les dettes civiles. — 2267. Le terme de grâce n'est pas un obstacle à la compensation. — 2268. Il en est autrement du terme accordé au failli par un concordat. — 2269. La condition suspensive em-

pêche la compensation, mais non la condition résolutoire. — 2270. L'accepteur à découvert de lettres de change ne peut, avant d'avoir payé, opposer en compensation au tireur, le montant de son acceptation. — 2271. Le tireur peut-il compenser avec sa propre dette la provision que lui doit le tiré? — 2271 *bis*. *Quid* des valeurs envoyées au tiré avec affectation spéciale ? — 2272. De la compensation en matière de comptes. — 2273. En matière de compte simple ou de gestion. — 2274... En matière de compte courant. Ce que c'est que le compte courant. — 2275. La compensation ne s'opère qu'au moment de l'arrêté du compte courant. — 2276. La compensation s'opère quand les dettes sont liquides et exigibles, quelle que soit d'ailleurs la cause des dettes. — 2277. Exceptions. Du cas où l'une des dettes a pour cause la restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé. — 2278... La restitution d'un dépôt. Prix de la vente d'effets opérée par un agent de change. — 2279... Des aliments déclarés insaisissables. Droit de conduite d'un capitaine. — 2280. Conditions relatives aux personnes. Incapacité. Faillite. Renvoi. — 2281. La compensation ne s'opère qu'entre individus qui sont réciproquement débiteurs l'un de l'autre. — 2282. La dette d'un tuteur ne se compense pas avec ce qui est dû au mineur. — 2283. *Quid*, de la compensation des dettes personnelles à l'un des époux avec les dettes de l'autre ? Distinction entre les différents régimes. — 2284. *Quid*, du cas ou la femme est marchande publique ? — 2285. Ce qui est dû au mandataire ou ce que le mandataire doit à un tiers ne se compense pas avec ce que le mandant doit à ce tiers, ni avec ce que ce tiers doit au mandant. — 2286. Il en est autrement des dettes ou créances du commissionnaire. — 2287. *Quid*, du cas où le commissionnaire, au lieu de traiter en son propre nom, a traité au nom du commettant? — 2288. La compensation de ce que doit le commissionnaire avec ce qui est dû au commettant s'opère de plein droit. — 2289. Quand et comment la compensation qui s'est opérée entre ce qui est dû au commissionnaire pour le compte du commettant et ce qu'il doit personnellement, peut-elle être opposée au commettant? Faillite du commissionnaire. — 2290. Quand et comment le commettant, pour le compte duquel le commissionnaire a contracté en son propre nom une dette qui s'est compensée avec ce qui était dû au commissionnaire, peut-il se prévaloir de cette compensation? — 2291. De la compensation qui s'opère à l'aide d'une cession ou d'une délégation des droits d'un créancier, au profit de celui qui est déjà débiteur du débiteur cédé. — 2292. Virements. — 2293. Dans ce cas la cession n'a pas besoin d'être expresse. — 2294... Ni d'être notifiée. — 2295. Les virements ne peuvent avoir lieu après la faillite du cédant. — 2296. Après la cession, la compensation ne peut plus avoir lieu entre le débiteur cédé et le cédant. — 2297. Le débiteur cédé ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation de ce que lui devait le cédant. — 2298. Mais il faut pour cela que la cession ait été notifiée. — 2299... Ou acceptée, et, dans ce cas, elle emporte renonciation à la compensation déjà acquise. — 2300. La cession par voie d'endossement des obligations à ordre n'a besoin ni d'être notifiée ni d'être acceptée. — 2301... Lors même qu'il s'agirait d'une obligation à ordre faite par acte notarié. — 2302. Mais il faut pour cela que l'endossement soit régulier. — 2303. *Quid*, en cas d'endossement postérieur à l'échéance? — 2304. De

la compensation en matière de billets au porteur. — 2305. Une créance saisie n'est plus susceptible d'entrer en compensation. — 2306. De la compensation en matière de faillite. Aucune compensation ne peut s'opérer après le jugement déclaratif. — 2307. *Quid*, au cas de non-encaissement des effets passés en compte courant? — 2308. Suite. — 2309. Suite. — 2310. Suite. — 2311. Suite. — 2312. Résumé. — 2313. La compensation peut-elle avoir lieu en vertu d'une convention antérieure à la faillite. — 2314. La compensation peut avoir lieu dans le temps intermédiaire qui s'écoule entre la date de la cessation de payement et le jugement déclaratif... par compte courant... par virements. 2315. Après le concordat, les dividendes échus peuvent entrer en compensation. — 2316. Il en est autrement des remises accordées au failli par le concordat. — 2317. Après la dissolution de l'union les sommes dont le failli est resté débiteur sont compensables. — 2317 *bis*. *Quid* en matière de déconfiture? — 2318. De la compensation en matière de société. Un associé ne peut compenser ce qu'il doit à la société avec ce qui lui est dû par un associé, même par l'associé gérant. — 2319. L'associé débiteur d'un créancier de la société ne peut opposer la compensation de ce que la société doit à ce dernier. — 2320. Le créancier d'un associé, qui est en même temps débiteur de la société, ne peut opposer à la société la compensation de ce que lui doit l'associé. — 2321. Le créancier de la société, qui est en même temps débiteur personnel de l'un des associés, peut opposer à cet associé la compensation de ce que lui doit la société jusqu'à concurrence de la part de cet associé dans la dette sociale. — 2322. Un associé ne peut compenser avec sa mise sociale les dettes qu'il aurait contractées envers la société. — 2323. La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal; mais la réciproque n'a pas lieu. — 2324. Comment le débiteur solidaire peut-il opposer la compensation de ce qui est dû à l'un de ses codébiteurs? — 2325. Compensation des dettes de l'héritier avec celles du défunt. — 2326. Effets de la compensation. Extinction des priviléges et hypothèques. — 2327. Effets de la renonciation à l'égard des tiers. — 2328. Imputation quand il y a plusieurs dettes compensables. Intérêts. Capital. — 2329. La compensation peut être opposée en tout état de cause et jusqu'au payement. Celui qui a payé une dette éteinte par la compensation a une action en répétition.

2237. La compensation est l'extinction totale ou partielle de deux obligations qui se soldent l'une par l'autre jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, entre personnes qui sont débitrices l'une de l'autre (1). *Compensatio*, dit la loi romaine, *est debiti et crediti inter se contributio* (2). Si donc je vous dois mille francs pour marchandises que vous m'avez vendues, tandis que d'un autre côté vous me devez huit cents

(1) C. civ., 1289.
(2) Liv. I, ff. *De compensat.*

francs pour loyer des magasins que je vous ai loués, les deux dettes s'éteignent réciproquement jusqu'à due concurrence ; je ne vous dois plus que les deux cents francs qui forment la différence entre les créances que nous avons réciproquement l'un contre l'autre, et vous ne me devez plus rien. Au moyen de ce payement fictif, on évite la complication qui résulterait d'un payement réel par lequel, au moment où vous me payeriez huit cents francs, vous seriez autorisé à m'en demander mille, ce qui m'obligerait à vous restituer aussitôt les huit cents francs que vous m'auriez payés, en y ajoutant deux cents francs pour compléter ce que je vous dois. A l'aide de la compensation, deux cents francs suffisent pour solder notre situation réciproque, tandis qu'autrement il eût fallu, pour arriver au même résultat, un mouvement réel effectif de dix-huit cents francs en espèces : *Quod potest brevius per unum actum expediri compensando, incassum protraheretur per plures solutiones et repetitiones* (1).

2238. On peut distinguer deux espèces de compensation : la compensation légale qui a lieu de plein droit; et la compensation facultative, reconventionnelle ou judiciaire, qui a lieu lorsqu'elle est opposée ou demandée incidemment par un débiteur en défense à une demande principale formée contre lui.

2239. La compensation légale qui, comme nous le verrons bientôt, joue un grand rôle dans les transactions commerciales, et qui est un des instruments les plus actifs du crédit privé, ayant lieu de plein droit, par la seule force de la loi, s'opère même à l'insu des débiteurs, de telle sorte que les deux dettes s'éteignent réciproquement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, et sans que la volonté des parties ait besoin d'être manifestée (2), parce que, la compensation étant également avantageuse aux deux parties, la volonté réciproque de compenser se présume toujours. Notre droit français moderne n'a fait que suivre sur ce point les errements du droit

(1) Balde.
(2) C. civ., 1290.

romain. *Placuit id quod invicem debetur* IPSO JURE *compensari*, disait la loi 21, ff. *De compensat.*; et Justinien a sanctionné ce principe en le généralisant par la loi dernière au Code *De compensat.*, qui porte : *Compensationes ex omnibus actionibus* IPSO JURE *fieri sancimus*.

Cependant, suivant l'auteur d'un ouvrage élémentaire sur le Code civil (1), tous les auteurs critiqueraient le système de la compensation légale, qui aurait pour résultat unique de procurer au débiteur la faculté de faire des payements partiels : ce qui est en opposition avec la règle de l'article 1244 du Code civil (2). C'est Pothier qui aurait égaré nos législateurs, croyant sur sa parole que les mots *ipso jure* qui se trouvent dans la loi dernière au Code, au titre *De compensationibus*, signifient de *plein droit*; tandis que cette loi suppose le cas d'une demande judiciaire à laquelle le débiteur oppose une compensation qui doit le libérer *ipso jure*, c'est-à-dire *d'après le droit civil*. Les Romains, ajoute-t-il, ne reconnaissaient pas de compensation légale : chez eux la compensation était toujours facultative.

S'il y a eu erreur, ce n'est pas à Pothier qu'il faut l'imputer; la responsabilité en remonte beaucoup plus haut. Elle revient aux plus savants commentateurs du droit romain (3), et, bien que leur sentiment à cet égard ait trouvé des contradicteurs (4), cependant, sous l'ancien droit, il avait fini par l'emporter, et par avoir en sa faveur la sanction de la jurisprudence (5). Ce n'est pas, d'ailleurs, dans le droit romain seul que le Code civil trouve sa justification : c'est dans la nature des choses, et, à ce point de vue, le système de la compensation de plein droit, admis par l'article 1290, ne me paraît pas critiquable. L'objection puisée dans cette circonstance, que la compensation légale conduit à un payement partiel, n'a aucune portée : le payement partiel est la consé-

(1) M. Boileux, t. II, p. 636, note 2.
(2) Voy. *sup.*, n. 2138.
(3) Cujas, Perezius, Vinnius, etc.
(4) Notamment le président Favre.
(5) Voy. M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Papier-monnaie*, § 4.

quence nécessaire de la compensation facultative aussi bien que de la compensation légale, puisque, dans un cas comme dans l'autre, celui qui est créancier de cinq, et débiteur de dix, ne paye que cinq au moyen de la compensation, soit dans le système qui n'admettrait la compensation que lorsqu'elle est opposée reconventionnellement, soit dans celui qui l'admettrait de plein droit. On parle de critiques élevées par tous les auteurs : de tous ceux qui ont écrit sur le Code civil, je n'en connais aucun qui ait manifesté même un simple doute sur le fondement philosophique ou rationnel de l'article 1290.

Ce qu'il y a de vrai, c'est que dans notre très-ancien droit français, et dans les pays de coutume, par des raisons tirées des priviléges des différentes juridictions seigneuriales auxquelles ressortissaient les demandes diverses (1), on n'admettait même pas la compensation par voix de demande reconventionnelle ou incidente, c'est-à-dire par voie d'exception ou de défense à la demande principale. *Une dette n'empêche l'autre*, disait Loisel (2); et, d'après la coutume de Lorris, plus expresse encore, *Compensation n'avait point lieu en cour laye* (3); de telle sorte que celui qui devait une somme était obligé de la payer à son créancier qui le poursuivait, sauf à son tour à poursuivre son créancier qui lui devait pareille somme, mais devant les juges de ce dernier, sans pouvoir, ni l'un ni l'autre, user de compensation. Cet état de choses ne changea que lors de la réformation des coutumes : et on en vint, non-seulement à la compensation facultative, mais encore à la compensation légale, qui était admise dans tous les pays de droit écrit.

Quant au commerce, qui a toujours eu une heureuse tendance à simplifier les formes, à suivre les données de l'équité, et qui, dans l'origine, avait, dans un grand nombre de cas, formulé son droit spécial sur les principes du droit romain, il avait admis la compensation de plein droit, qui est si souvent

(1) Voy. Toullier, t. VII, n. 356.
(2) Liv. V, tit. II, règl. 3.
(3) Tit. XXI, art. 10.

appelée, dans les affaires commerciales, à tenir lieu d'un payement réel et effectif (1).

2240. Toutefois, de ce que la compensation a lieu de plein droit, il ne faut pas en conclure qu'elle n'ait pas besoin d'être opposée par celui à qui on demande le payement d'une dette que la compensation a éteinte. Il faut opposer la compensation pour instruire le juge devant lequel la demande est portée que la compensation s'est faite, de la même manière qu'il faut opposer et rapporter la quittance pour repousser la demande en payement d'une dette déjà payée.

2241. Il suit de là qu'on peut renoncer à la compensation acquise, soit tacitement, en ne l'opposant pas, soit expressément, de même qu'on peut renoncer à tout autre avantage (2). La renonciation à la compensation équivaut alors à une prorogation du terme de payement accordée au débiteur contre lequel on renonce à s'en prévaloir.

Il faut cependant remarquer, à cet égard, que la renonciation à la compensation acquise ne se présume pas, et que le retard que le débiteur mettrait à l'opposer ne le rendrait pas non recevable à s'en prévaloir plus tard et tant que les choses seraient encore entières. De ce que la compensation s'opère de plein droit, et à l'insu des parties, sans qu'il soit nécessaire que leur volonté soit exprimée, il suit que la volonté contraire, quand elle n'est pas expresse, ne peut résulter que d'un fait qui la présuppose nécessairement. C'est la doctrine de tous les anciens jurisconsultes, tant de ceux qui ont écrit sur le droit civil pur, que de ceux qui ont écrit sur le droit commercial. Tous distinguent entre le cas où le débiteur a manifesté la volonté de ne pas compenser, et le cas où il s'est borné à ne pas manifester la volonté de compenser. *Admonendum censemus admodum differre casum in quo adfuit in debitore positivus animus, seu voluntas expressa non compensandi, à casu*

(1) De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 8, n. 9 et suiv. ; Casaregis, *Disc.* 146, n. 58 ; *Disc.* 155, n. 21 ; *Disc.* 178, n. 18 ; De Luca, *De credito, Disc.* 46, n. 22 ; et *De camb.*, *Disc.* 2, n. 21 ; Roccus, cap. CXLIV, n. 7 et 16 ; Ansaldus, *Disc.* 93, n. 22 et suiv. ; Rote de Gênes, *décis.* 15, n. 6.

(2) Toullier, t. VII, n. 393 et suiv. ; Zachariæ, t. III, § 572 ; C. civ., art. 1295.

quo defuit, seu non adstitit in eo voluntas compensandi (1). Si donc celui qui a exprimé la volonté de ne pas compenser ne peut revenir sur sa renonciation et opposer la compensation dont il a refusé le bénéfice, celui qui s'est borné à ne pas l'opposer quand il aurait pu le faire, est encore recevable à s'en prévaloir, si les faits qui ont accompagné son silence ne lui donnent pas une signification plus prononcée. Ainsi, celui qui paye un à-compte sur ce qu'il doit, quand il pouvait opposer une compensation, est encore recevable à l'opposer pour le surplus. Ainsi encore, celui qui n'a pas opposé la compensation en première instance, peut l'opposer en appel (2). Il peut même l'opposer contre l'exécution du jugement ou de l'arrêt parce que c'est une de ces exceptions qui tiennent lieu de payement, et qui, par conséquent, peuvent être dirigées autant contre l'exécution d'un jugement et pour empêcher le payement des condamnations, que contre l'action intentée (3).

2242. Scaccia donne un exemple de renonciation à la compensation, qui prouve que cette renonciation a toujours été admise dans le droit commercial. Si, dit-il, lorsque je suis déjà votre débiteur, vous me promettez sous serment, le premier janvier, de me payer cent écus le premier mars, vous êtes tenu de me payer effectivement et réellement au premier mars, sans pouvoir m'opposer la compensation de ce que vous me devez avec ce que je vous devais déjà lors de votre engagement. *Quod si tu die primâ januarii promisisti cum juramento solvere mihi scutos centum die primâ martii proximè futuri, et quia non solvisti, ago contra te, ut solvas; non poteris opponere faciendam esse compensationem cum tuo credito orto antè dictam primam diem januarii.* Non pas précisément, ajoute-t-il, à cause du serment qui vous lie, comme l'ont pensé certains docteurs (4),

(1) Casaregis, *Disc.* 135, n. 18; de Luca, *De credito*, *disc.* 46, n. 23, et *Disc.* 47, n. 15 et suiv.; Menochius, *cons.* 460, n. 6.

(2) Cass. 4 août 1806, S., 2, 1, 273.

(3) M. Merlin, *Répert.* v. *Compensation*, § 1, n. 5; Duranton, t. XII, n. 559. — Voy. *inf.*, n. 2329.

(4) C'était l'opinion des canonistes. Voy. Pothier, n. 589, 4°.

mais parce que si nous avions voulu compenser, vous ne vous seriez pas reconnu mon débiteur à une époque où j'étais déjà le vôtre. *Ratio meo judicio est, non propter juramentum quod considerant doctores, sed quia si ipsi voluissent compensare, alter eorum non se constituisset debitorem* (1). Mais il en serait autrement, ajoute Scaccia, si, au moment où le débiteur s'engage, son créancier n'était pas encore devenu son débiteur : *quæ ratio non potest considerari in credito posteà acquisito ab ipso debitore* (2).

2243. Une question beaucoup plus délicate est celle de savoir si on peut d'avance renoncer à se prévaloir de la compensation non encore acquise. M. Toullier est d'avis que cette renonciation n'est pas valable, et il se fonde sur un argument d'analogie puisé dans l'article 2220 du Code civil, qui défend de renoncer d'avance à la prescription (3). Mais cet argument n'est pas concluant, parce qu'il n'y a aucune assimilation possible entre la prescription qui est fondée sur un motif d'intérêt public, et la compensation qui ne touche qu'à l'intérêt privé. La renonciation à la compensation acquise est donc une convention licite et conséquemment obligatoire (4).

2244. Du reste, comme nous le verrons plus tard, la renonciation à la compensation ne produit pas les mêmes effets vis-à-vis des tiers que vis-à-vis des parties (5).

2245. La compensation dépend de certaines conditions qui sont relatives, soit aux dettes mêmes qu'il s'agit de compenser, soit aux personnes qui peuvent se prévaloir de la compensation, ou à qui elle peut être opposée. Occupons-nous d'abord des conditions relatives aux dettes.

La compensation étant le concours de deux dettes qui s'éteignent l'une par l'autre en se rencontrant, on doit en conclure qu'il faut que l'une de ces dettes puisse payer l'autre, et réciproquement; en d'autres termes, il faut que la chose due par

(1) *De comm. et camb.* § 2, *gloss.* 5, n. 42 et suiv.
(2) *Ibid.*
(3) T. VII, n. 393.
(4) Delvincourt, t. II, p. 579; Bordeaux, 7 mars 1831, S., 31, 2, 250.
(5) Voy. *inf.*, n. 2327.

l'une des parties puisse être donnée en payement de ce qui lui est dû par l'autre. Il est manifeste en effet que si je vous dois vingt pièces de toile, tandis que vous me devez vingt pièces de laine, il ne peut y avoir aucune compensation, puisque la toile que je vous dois ne saurait être payé avec la laine que vous me devez. La compensation ne peut donc avoir lieu qu'entre dettes qui ont pour objet des choses fongibles de la même espèce, c'est-à-dire qui font la fonction l'une de l'autre, et qui se remplacent mutuellement, *quorum alia alterius vice fungitur*.

2246. L'argent étant la chose la plus essentiellement fongible, puisque mille francs dus par l'une des parties représentent exactement mille francs dus par l'autre, les dettes de sommes d'argent sont celles qui se compensent le plus naturellement (1).

Mais comme des choses ne sont fongibles, entre elles que lorsqu'elles sont de la même espèce, *ex pari specie* (2), il faut en conclure que si de deux sommes d'argent réciproquement dues, l'une est due *in genere*, c'est-à-dire sans détermination de la monnaie au moyen de laquelle le payement sera effectué, et que le débiteur ait la faculté de s'acquitter en monnaies ayant cours, d'or et d'argent, à son choix; tandis que l'autre est due *in specie*, de telle sorte que la somme dût être payée en monnaie d'une certaine espèce, par exemple en or ou en monnaies étrangères (3); alors la compensation ne peut plus avoir lieu, parce que celui des deux débiteurs à qui est due une somme en or, et qui peut se libérer envers l'autre en monnaie d'argent, ne saurait être payé de ce qui lui est dû avec ce qu'il doit. C'est là une règle clairement formulée par la Rote de Gênes : *Compensatio non admittitur de speciebus ad quantitatem ut etiam non admittitur de pecuniâ debitâ ut species, in pecuniam debitam in genere* (4).

Si donc je vous dois quinze cents francs pour prix des mar-

(1) C. civ., 1291.
(2) Paul, *Sent.*, lib. II, tit. V, § 3.
(3) Voy. *sup.*, n. 2129 et suiv.
(4) *Décis*. 72, n. 6.

chandises que vous m'avez vendues, tandis que je suis porteur d'une lettre de change acceptée par vous et stipulée payable en florins de Hollande, il n'y a pas de compensation possible, et nous devons, pour nous libérer, réciproquement payer, vous des florins, et moi des francs.

2247. Du reste, la compensation s'opère quoique les deux dettes ne soient pas payables dans le même lieu. Mais dans ce cas, aux termes de l'article 1296 du Code civil, on ne peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise. Cette disposition, dans laquelle le droit civil emprunte au commerce de l'argent un de ses procédés, n'est pas parfaitement claire et a besoin d'explications.

D'abord, il est manifeste que cet article ne dit pas ce qu'il veut dire. La circonstance que les deux dettes ne sont pas payables dans le même lieu, est par elle-même complétement indifférente et ne peut donner lieu à aucun frais de remise, lorsque chacune des deux dettes doit être payée au domicile du créancier. Si un négociant de Paris et un négociant de Marseille sont réciproquement débiteurs, et doivent payer, celui de Marseille à Paris et celui de Paris à Marseille, la compensation s'opère sans difficulté entre les deux dettes. Chaque débiteur se trouve soldé par ce qu'il doit, et où il doit recevoir ; et la distance qui sépare les deux débiteurs respectifs ne fait rien à l'affaire, par la raison qu'elle ne modifie en rien la position ou les droits des parties.

Ce qu'a voulu dire l'article 1296, c'est que lorsque l'une des dettes, ou toutes les deux, doivent être payées, non-seulement en divers lieux, mais de plus hors du domicile des créanciers respectifs, dans un certain lieu, *certo loco*, où le créancier a intérêt à recevoir, celui qui doit payer dans ce certain lieu ne peut opposer la compensation à son créancier qui doit payer dans un autre lieu, qu'en lui faisant raison des frais de la remise, c'est-à-dire des frais que celui à qui la compensation est opposée sera obligé de faire pour se procurer des fonds dans le lieu où sa créance devait lui être payée.

La loi 15, ff. *De compensationibus*, qui prévoit le même cas, et dont l'art. 1296 est la reproduction, offre beaucoup plus de

clarté, et ne laisse aucun doute sur le sens de cette disposition. *Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum : is petit a me quam ei debeo pecuniam : quæro an hoc quoque pensandum sit quanti meo interfuit, certo loco dari. Respondi* (Javolenus) : *si Titius petit eam quoque pecuniam quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum suâ causâ, id est ut ratio habeatur quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari.*

On le voit : la raison de l'article 1296 expliqué par la loi romaine, c'est l'intérêt du créancier à être payé dans un lieu déterminé autre que son propre domicile, puisque, lorsqu'il doit être payé à son domicile, la compensation qui s'opère de plein droit équivaut à ce payement, en le dispensant lui-même de payer, et en lui laissant la disponibilité des fonds destinés au payement.

J'inclinerais même à penser que l'article 1296 est inapplicable au cas où les deux dettes doivent être payées au domicile des débiteurs respectifs, suivant les termes du droit commun qui veulent que le créancier aille se faire payer chez son débiteur, et non que le débiteur aille payer chez le créancier (1). En effet, si dans ce cas chaque créancier est payé hors de son domicile, ce n'est pas par suite d'une convention particulière motivée sur le besoin qu'il avait de trouver de l'argent dans le lieu où le payement s'effectue; c'est par la force même de la loi. On peut donc dire que la compensation qui s'opère alors, ne dérangeant pas les calculs du créancier, et ne trompant pas ses prévisions, ne lui cause aucun préjudice et ne peut donner lieu à l'indemnité déterminée par l'article 1296, à moins qu'il ne résultât d'ailleurs des circonstances dans lesquelles ont été contractées les obligations respectives, que l'un des créanciers, ou tous les deux, avaient intérêt à trouver des fonds au domicile de leur débiteur, domicile qui deviendrait alors un lieu déterminé dans le sens de la loi 15, ff. *De compensationibus*.

On voit que le sens de l'article 1296 n'est pas facile à préciser.

(1) C. civ., 1247. Voy. *sup.*, n. 2146.

Mais ce n'est pas tout; et l'application de cet article soulève encore d'autres difficultés principalement relatives au point de savoir en quoi consistent les frais de remise dont celui qui oppose la compensation doit faire raison; quand et par qui ils sont dus; et enfin, si, dans le cas de dettes payables en certains lieux, la compensation s'opère de plein droit. Toutes ces difficultés se tiennent, et la solution des questions qui en naissent se rattache à un ensemble d'idées que je vais chercher à exposer le plus clairement possible.

2248. La première question que j'examinerai, parce que sa solution servira à en résoudre d'autres, est celle de savoir si la compensation entre dettes dont l'une seulement, ou toutes les deux doivent être payées dans des lieux déterminés, s'opère de plein droit, ou si elle ne s'opère qu'autant qu'elle est proposée par la partie qui veut s'en prévaloir.

Une des conditions de la compensation, c'est que les deux dettes qu'elle éteint soient dans des conditions telles, que l'une puisse payer l'autre : en d'autres termes, que la chose due par l'un puisse lui tenir exactement lieu de la chose qui lui est due par l'autre. Or, il me semble manifeste que lorsque de deux dettes l'une doit être payée dans un lieu déterminé, elles ne se trouvent pas toutes les deux dans des conditions semblables, et qu'à vrai dire, elles ne sont pas respectivement fongibles, puisque par la compensation qui s'en opérerait de plein droit, celui qui a intérêt à trouver une somme dans le lieu déterminé ne l'y trouverait pas; et qu'en définitive, celle des parties qui doit payer dans ce lieu, serait libérée sans avoir rempli toutes ses obligations, puisqu'au moyen de la compensation, elle aurait payé dans un lieu autre que celui dans lequel elle devait payer. La compensation, dans ce cas, est donc purement facultative; c'est à-dire qu'elle n'a lieu qu'autant que la partie qui l'oppose consent à égaliser les positions en faisant raison à l'autre partie des différences qui existent à son désavantage.

Il est bien vrai que, d'après la plupart des auteurs, la compensation admise par l'article 1296 aurait lieu de plein droit, comme dans les cas ordinaires. M. Toullier est le seul qui ait

considéré cette compensation comme facultative (1); mais il n'a pas motivé son opinion, et dès lors on a supposé qu'elle se fondait uniquement sur les termes de l'article 1296, qui porte que, lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en *peut* opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise; et on a cru la réfuter en disant que ces termes, *on en peut opposer la compensation*, n'indiquent pas plus une compensation facultative dans l'article 1296 que dans d'autres articles, tels que les articles 1294 et 1295, où il est évidemment question d'une compensation de plein droit(2). Réduite à ces termes, la question devrait sans doute être résolue dans un sens contraire à l'opinion de M. Toullier. Mais la véritable raison de décider est ailleurs; elle se trouve dans la différence qui existe entre deux dettes qui ne sont pas payables dans le même lieu. Dans cette occurrence, admettre la compensation de plein droit, ce serait contraindre le commerçant de Paris qui a un payement à faire à Londres, et qui a besoin d'y avoir des fonds destinés à ce payement, à supporter les frais frustratoires d'une remise de Paris sur Londres, procédé qui ne pourrait se justifier ni en équité ni en raison, et qui, loin de simplifier les opérations du payement, ce qui est le but de la compensation, ne ferait que les compliquer. C'est pour cela que l'article 1296 veut que dans ce cas on ne puisse opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de remise, et qu'il fait dépendre la compensation de l'offre de ces frais, ce qui exclut toute idée d'une compensation de plein droit, c'est-à-dire d'une compensation qui s'opère à l'insu des parties, et qui n'est assujettie à aucune condition préalable dont l'accomplissement dépende de la volonté de l'une ou de l'autre.

2249. Mais en quoi consiste cette obligation de tenir compte des frais de remise ? C'est ce que nous avons maintenant à examiner.

Les remises de valeurs de place en place ou d'un lieu sur un autre, se font par l'intermédiaire des banquiers, au moyen du change, qui est une opération par laquelle on échange

(1) T. VII, n. 400.

(2) Duranton, t. XII, n. 386; Marcade, sur l'art. 1296.

dans un lieu une somme d'argent contre des titres de créance, ordinairement des lettres de change, payables dans un autre lieu. Le rapport de valeur qui se trouve entre la somme donnée dans un lieu et celle qui doit être touchée dans un autre, constitue le prix du change ou simplement le change, qui varie selon le prix commercial de l'argent dans les différents lieux entre lesquels s'opère l'échange des valeurs. Les lettres de change sont au pair lorsqu'on donne, pour les payer, la même somme de monnaie que celle qui y est énoncée, et qu'elles doivent faire toucher à l'échéance; elles gagnent lorsqu'il faut donner plus; elles perdent lorsqu'il faut donner moins.

Trois hypothèses distinctes peuvent donc se présenter.

2250. *Première hypothèse.* Si vous me devez mille francs payables à Londres, tandis que je vous dois mille francs payables à Paris, lieu de notre domicile commun, et que le change de Paris sur Londres soit au pair, c'est-à-dire, si une lettre de change de Paris sur Londres coûte mille francs, ni plus ni moins, vous n'aurez à me tenir compte, pour que la compensation s'opère entre ces deux dettes, que des droits de commission qu'il m'aura fallu payer au banquier auquel j'aurai donné le mandat de faire payer à Londres les mille francs que j'avais intérêt à y trouver, et que, par le moyen de la compensation, vous m'avez payés à Paris. Dans cette hypothèse, il n'y aura d'autres frais de remise que les droits de commission.

2251. *Deuxième hypothèse.* Si, quand vous me devez mille francs payables à Londres, tandis que je vous dois mille francs payables à Paris, les lettres de change de Paris sur Londres gagnent, de telle sorte qu'il faille payer plus de mille francs pour avoir une lettre de change de Paris sur Londres, vous ne pourrez m'opposer la compensation entre nos deux dettes qu'en me faisant raison et du droit de commission et de la somme qu'il faut payer en sus des mille francs pour avoir une lettre de change sur Londres. Les frais de remise se composent alors et des droits de commission et de l'excédant dans le prix du change.

2252. *Troisième hypothèse.* Si au contraire, quand vous me

devez mille francs à Londres, compensables contre mille francs que je vous dois à Paris, les lettres de change de Paris sur Londres perdent, de telle sorte qu'il suffise de donner moins de mille francs de Paris sur Londres, il est bien évident qu'en m'opposant la compensation, vous n'aurez pas à me tenir compte du prix du change, puisque je gagne sur ce prix, et que vous n'aurez à me tenir compte des droits de commission qu'autant qu'ils me constitueraient en perte, c'est-à-dire, si, ajoutés à la somme qu'il me faut payer pour avoir une lettre de change sur Londres, ils donnent un total qui excède la somme que vous devez me payer à Londres, puisque c'est cet excédant seul qui constitue les frais de remise dont vous devez me faire raison.

2253. Mais pouvez-vous, si les droits de commission ajoutés à la somme que je dois payer pour avoir une lettre de change sur Londres, donnent une somme numériquement inférieure à celle que vous me devez à Londres, me contraindre à vous faire raison de l'excédant, comme vous devriez me faire raison des frais de remise, s'il y en avait? Je ne le pense pas. L'article 1296 est tout dans l'intérêt de celui à qui une somme est due dans un autre lieu, et non dans l'intérêt de celui qui la doit. Il a pour but d'empêcher le premier d'être constitué en perte, et non de constituer le second en bénéfice. On objecterait à tort que cette solution constituerait le premier lui-même, en bénéfice, tandis que l'article 1296 n'a pour but que de lui éviter une perte : en réalité, celui à qui une somme est due à Londres ne gagne rien en payant à Paris une lettre de change de mille francs sur Londres, moins de mille francs : il ne touchera jamais que mille francs à Londres où son débiteur s'est engagé à lui faire trouver pareille somme ; tandis qu'il perdrait si son débiteur de Londres n'était pas tenu de lui tenir compte des frais de remise, lorsqu'il y en a, puisque, lorsque les lettres de change de Paris sur Londres gagnent, une lettre de change payée à Paris mille francs, ne ferait pas trouver mille francs à Londres.

Il faut bien, d'ailleurs, remarquer que rien ne force celui qui me doit une somme payable dans un autre lieu, de m'op-

poser la compensation. Les deux sommes dues ne se trouvant pas dans des conditions semblables, la compensation, ainsi que nous l'avons déjà vu (1), n'a pas lieu de plein droit; elle est purement facultative, en ce sens qu'elle n'a lieu qu'autant que celui qui l'oppose consent à égaliser les positions, en me faisant raison de la différence qui existe à mon désavantage. Mais, s'il y a une différence à son désavantage et que cependant il m'oppose la compensation, il ne peut se plaindre de la position qu'il s'est faite, ni me contraindre à lui faire raison d'un dommage qu'il a volontairement encouru.

2254. De là il faut conclure que si je dois, à Paris, une somme à un commerçant de Paris, qui m'en doit une autre payable à Londres, je ne pourrai opposer la compensation à mon débiteur qui, seul, a intérêt à la proposer, et qui peut avoir pris ses précautions pour faire trouver à Londres la somme qui m'y est due.

2255. Jusqu'à présent j'ai raisonné dans la supposition où une seule des deux dettes peut donner lieu à des frais de remise. Si l'une et l'autre y donnaient lieu, les frais de remise se compenseraient mutuellement et jusqu'à due concurrence. Dans ce cas, les deux parties pourraient opposer la compensation dans leur intérêt réciproque: mais comme cette compensation serait encore subordonnée à l'offre des frais de remise, elle n'aurait pas plus lieu de plein droit, dans cette hypothèse, que dans celle où une seule des dettes doit être payée dans un certain lieu.

2256. La plupart des questions qui naissent de la compensation entre deux dettes ayant également pour objet une somme d'argent, peuvent se présenter lorsque les deux dettes, entre lesquelles la compensation s'opère, consistent en une certaine quantité de choses fongibles.

Ajoutons que la compensation n'a lieu entre choses fongibles, qu'autant qu'elles sont de même espèce : ainsi du vin ne se compense pas avec du blé.

Il faut, de plus, que les choses soient de même qualité.

(1) Voy. *sup.*, n. 2247.

Vous ne pourriez compenser du vin de Bordeaux avec du vin de Beaugency.

Il faut encore que les choses réciproquement dues ne soient déterminées que par leur espèce et leur quantité. Si elles étaient individualisées, elles deviendraient corps certains et ne pourraient plus entrer en compensation comme choses fongibles. J'ai choisi et marqué six pièces de vin dans votre cellier. Plus tard, je me trouve vous devoir six pièces de vin, comme substitué aux obligations d'un tiers. Je puis, sans doute, dans ce cas, consentir à la compensation de nos deux dettes; mais vous ne pouvez m'y contraindre, pas plus que je ne puis vous l'imposer.

Enfin, si l'une des dettes de choses fongibles était payable dans un certain lieu, il faudrait appliquer l'article 1296 du Code civil et les règles ci-dessus développées, relativement aux dettes de sommes d'argent.

Au surplus, le commerce ayant pour but l'échange de denrées ou marchandises d'une espèce, contre des denrées ou marchandises d'une autre espèce, des commerçants ne peuvent que très-rarement se trouver réciproquement débiteurs de choses de la même espèce. La compensation de choses fongibles ne peut donc pas se présenter ordinairement en matière commerciale.

2257. On peut en dire autant, mais par un autre motif, de la compensation que l'article 1291 du Code civil admet entre les dettes consistant, d'une part, en prestations en grains ou en denrées non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, et, d'autre part, en une somme d'argent. En effet, dans les relations ordinaires de la vie civile, une somme d'argent peut se compenser avec des denrées dont, au moyen des mercuriales, il est facile de réduire la valeur en argent. Votre fermier vous doit cent hectolitres de blé, suivant une clause de son bail qui l'oblige à vous payer en nature; vous lui devez, en même temps le prix de réparations que vous l'avez autorisé à faire faire dans les bâtiments de la ferme : rien de plus naturel que de compenser les deux dettes (1).

(1) Marcadé, sur l'art. 1291.

Mais cette hypothèse, ou toute autre analogue, qui est particulière au droit civil, est peut-être la seule où cette compensation puisse avoir lieu. Elle ne saurait s'opérer entre deux dettes réciproquement dues en vertu du même contrat commutatif. Je vous achète cent hectolitres de blé, moyennant un certain prix; bien que, dès lors, nous soyons l'un et l'autre réciproquement débiteurs, vous du blé, moi de l'argent qui en est le prix, il ne peut y avoir aucune compensation entre ces deux dettes, parce qu'en contractant, il a été positivement, bien que tacitement, entendu entre nous, que vous vouliez toucher de l'argent et moi recevoir du blé : autrement nous n'aurions pas contracté. Cela est vrai, soit dans les ventes commerciales proprement dites, soit dans les ventes purement civiles. Mais, dans les transactions commerciales, cette exception forcée à la disposition finale de l'article 1291, devient, en quelque sorte, de règle générale, parce que les hypothèses du genre de celles que prévoit cet article ne sont pas de nature à s'y présenter ordinairement.

2258. Voilà pour ce qui regarde la consistance réciproque des dettes compensables; venons maintenant aux conditions qui sont relatives aux dettes considérées, abstraction faite de leur nature réciproque. Ces conditions sont la liquidité et l'exigibilité.

Une dette est liquide, dit Pothier (1), lorsqu'il est constant qu'il est dû, et combien il est dû, *cum certum est an et quantum debeatur*. Une dette contestée n'est donc pas liquide; et, par contre, une dette non contestée, mais dont la quotité dépend d'un compte à faire entre les parties, ne l'est pas davantage. C'est donc à la fois la certitude de l'existence de la dette et la détermination de sa quotité, qui rend la dette liquide et susceptible d'entrer en compensation. Il faut observer, toutefois, qu'on ne doit entendre par dette contestée, que celle qui est contestée légitimement ou raisonnablement, et non celle qui serait niée malgré l'évidence et la justification qui en serait faite (2); il n'y aurait jamais de compensation

(1) N. 592; Toullier, t. VII, n. 269; Marcadé sur l'art. 1292.
(2) Pothier, *ubi sup.*; Toullier, t. VII, n. 369.

possible, s'il suffisait de nier une dette pour la faire tomber dans l'incertitude et l'empêcher d'être claire et liquide. Et d'un autre côté, on doit considérer comme liquide une dette facile à liquider et dont la liquidation peut être à l'instant faite par le juge (1).

2259. On peut donner pour exemple d'une dette non liquide, celle qui résulte de l'obligation de restituer des intérêts usuraires. Cette restitution n'étant due que lorsqu'elle a été demandée par le débiteur qui prétend avoir payé des intérêts excessifs, et par l'effet du jugement de condamnation qui a liquidé la somme à restituer, il en résulte que la compensation entre les intérêts usuraires restituables et la dette principale, ne s'opère pas à partir du jour où ces intérêts ont été payés, mais seulement à partir de la demande à fin de réduction et de restitution des intérêts (2).

2260. Une dette est exigible, lorsque le créancier est actuellement en droit d'en exiger le payement, et que l'exercice de son droit ne peut être suspendu par aucune exception dilatoire.

Il faut donc, pour qu'une dette soit exigible, qu'elle soit échue, c'est-à-dire que le terme de payement soit arrivé. On sait que le terme, surtout en matière commerciale, et quand il s'agit de lettres de change ou de billets à ordre, est déterminé ou indéterminé : déterminé, quand l'obligation est payable à un jour fixe, ou après une certaine période de temps qui prend son point de départ de sa date; indéterminé, quand l'échéance dépend d'une formalité dont l'accomplissement ultérieur dépend de la volonté du créancier : telles sont les lettres de change à vue, à un ou plusieurs jours, à un ou plusieurs mois de vue. Quand le terme d'échéance est déterminé, il ne peut jamais y avoir de difficulté sur le moment où l'obligation est susceptible d'entrer en compensation. S'il est indéterminé, il dépend du porteur d'une lettre de change

(1) Cass., 17 mai 1831, S., 31, 1,209; et 17 juill. 1832, S., 33, 1, 76. — Voy. aussi Cass. 29 nov. 1852, S., 53, 1, 358.

(2) Cass., 9 nov. 1836, S., 36, 1, 803; D., 37, 1, 31; 16 janv. 1837, S., 37, 1, 234; D., 37, 1, 150.

à vue qui veut l'opposer en compensation au tiré, dont il est le débiteur à un autre titre, de la rendre exigible, ou de faire courir le délai d'exigibilité en la lui présentant. Le porteur ne peut donc opposer aucune compensation au tiré tant que la lettre de change ne lui pas été présentée, si elle est à vue, ou tant que le délai de vue n'est pas expiré, si la lettre de change est à un ou plusieurs jours, à un ou plusieurs mois de vue.

2261. Mais c'est une question qui fait difficulté, que celle de savoir si, lorsqu'une lettre de change non encore échue, ou qui ne doit échoir qu'à un délai de vue, est présentée à l'acceptation du tiré, celui-ci peut ne l'accepter que sous la condition d'opposer en compensation à l'échéance ce qui lui est dû par le porteur ; s'il peut, d'après la formule consacrée par les auteurs, *accepter pour payer* à *lui-même.*

Bien que l'article 2 du titre V de l'ordonnance de 1773 défendît les acceptations conditionnelles, Dupuy de La Serra tranche la question, sans hésiter, en faveur du tiré, auquel il donne le droit de réserver la compensation, non-seulement de ce qui lui est dû par celui qui est porteur au moment de l'acceptation, mais encore de ce qui lui est dû par le preneur ou le donneur de valeur, qui ne pourraient transmettre aux porteurs ultérieurs plus de droits qu'ils n'en ont eux-mêmes, « étant bien juste, dit-il, qu'avant que le tiré paye pour son débiteur ou à son acquit, il soit payé lui-même (1) » ; puis il accorde au porteur, que cette compensation empêche d'être payé, le droit de recourir, non contre le tireur qui n'est pour rien dans l'obstacle qui empêche le payement, mais contre celui de ses auteurs, preneur, donneur de valeur ou autre, duquel procède la dette qui a servi de prétexte à la compensation.

Pothier a suivi l'opinion de Dupuy de La Serra, avec cette différence toutefois que ce n'est pas la dette du preneur ou du donneur de valeur qui peut, selon lui devenir une cause de compensation, mais seulement la dette de celui qui est propriétaire de la lettre de change au moment où elle est

(1) *Art. des lettres de change*, ch. VIII.

présentée à l'acceptation. « Ce n'est point, dit-il, une acceptation conditionnelle, lorsqu'étant créancier du propriétaire de la lettre de change, je mets au bas de cette lettre, *accepter pour payer à moi-même*, pourvu que ma créance soit d'une somme liquide, qu'elle soit échue, ou qu'elle doive échoir au temps de l'échéance de la lettre ; le refus que je lui fais par cette espèce d'acceptation de lui faire un payement réel étant un refus qui procède de ce qu'il est mon débiteur, et par conséquent qui procède de son fait, ne peut donner lieu à recours de sa part contre le tireur qui a fourni la lettre (1). »

M. Merlin adopte pleinement l'avis de Pothier (2).

Ces opinions ont été émises sous l'empire ou sous l'influence de l'ancien droit et de doctrines qui permettaient au tiré d'opposer au porteur à l'échéance des exceptions qui ne lui étaient pas personnelles (3). La doctrine contraire, seul conforme aux vrais principes de la cession par voie d'ordre ou d'endossement, qui prévaut aujourd'hui (4), en changeant les prémisses, a nécessairement modifié les conclusions. Cependant les auteurs nouveaux sont loin d'être d'accord.

M. Pardessus refuse au tiré à qui une lettre de change est présentée à l'acceptation, le droit d'accepter pour payer à lui-même, et de se réserver ainsi la faculté d'opposer la compensation de ce qu'il doit au porteur, d'abord parce que la dette résultant de la lettre tirée sur lui n'est pas encore échue; ensuite parce que la réserve qu'il ferait d'opposer la compensation, si à l'échéance la lettre se trouvait appartenir encore à son débiteur, ne serait qu'une ressource insignifiante dont le porteur éluderait l'effet en cédant la lettre à un tiers. Dans tous les cas, suivant M. Pardessus, le porteur qui ne voudrait pas recevoir une acceptation dans laquelle serait insérée une réserve de compensation uniquement dirigée contre lui, ne serait point recevable à recourir contre le tireur, comme il en a le droit quand il n'obtient pas une acceptation pure et sim-

(1) *Du contrat de change*, n. 47.
(2) *Répert.*, vº *Acceptation*, n. 5.
(3) Voy. Dupuy de La Serra, *loco cit.*
(4) Voy. *sup.*, t. III, n. 1524, et *inf.*, n. 2300.

ple, parce que cette réserve ne proviendrait d'aucun fait imputable au tireur (1).

M. Vincens va plus loin que M. Pardessus; et après avoir rappelé l'opinion de Dupuy de La Serra, qui permet d'accepter en ces mots *pour payer à moi-même,* et qui, dans ce cas, n'accorde de recours au porteur et aux endosseurs successifs que contre le donneur de valeur, dont la dette envers le tiré aurait servi de prétexte à l'exception de compensation, et nullement contre le tireur : « C'est ici, dit-il, le plus énorme abus des principes du droit. Quoique les compensations s'opèrent d'elles-mêmes, même à l'insu des intéressés, où en serait le commerce, si la lettre de change s'éteignait de droit, avant son échéance, dans les mains de quiconque serait débiteur fortuit de celui qui doit la payer, en telle manière que ce porteur ne pût en faire qu'une vente nulle, suivie dans la circulation de reventes sans effet ? Il faut avoir été bien étranger au commerce pour supposer qu'il en est ou qu'il pourrait en être ainsi; pour imaginer une prétendue règle aussi opposée à l'essence de la lettre de change. Mais cette idée est repoussée par toutes les lois spéciales de la matière, et sans réplique par celle qui exige l'acceptation pure et simple. Si de l'accepteur au porteur, le premier, pour s'assurer la compensation, s'avisait d'accepter payable à ce porteur seul ou à soi-même, choses aujourd'hui très-rarement essayées, ce serait une acceptation conditionnelle, et je ne doute pas que le porteur n'eût le droit de protester, et n'eût son recours contre ses antécédents, y compris le tireur (2). »

Voilà une réprimande un peu vive. Nous verrons tout à l'heure qu'elle est méritée.

M. Eugène Persil, dans son *Commentaire* des articles du Code de commerce relatifs à la lettre de change, est d'avis que le tiré ne peut valablement accepter pour payer à lui-même que lorsque la lettre de change est échue ou à vue, ce qui ne saurait faire question, puisqu'au moment où le porteur vient lui demander de payer actuellement ce qu'il lui doit, le tiré

(1) *Droit comm.*, n. 372.
(2) *Législ. comm.*, t. II, p. 261.

peut évidemment lui opposer la compensation de ce qui lui est dû par le porteur lui-même (1). Quant à la question de savoir si, lorsqu'il s'agit de l'acceptation d'une lettre de change non échue, le tiré peut accepter pour payer à lui-même, M. Eugène Persil, sans donner son avis personnel, transcrit une opinion qu'il a trouvée dans des notes autrefois rédigées par son savant père. D'après cette opinion, accepter pour payer à soi-même, ce n'est pas accepter, puisque c'est déclarer que lorsque la lettre de change sera échue, on refusera de la payer. On ne peut considérer comme non écrite cette réserve de compensation, tenir la lettre pour acceptée, et le tireur pour libéré par cette acceptation. Accepter pour payer à soi-même est un refus d'accepter, qui autorise le porteur à recourir contre le tireur et les endosseurs pour exercer les droits que lui confère l'article 120 du Code de commerce, en cas de non-acceptation.

Enfin, un auteur, qui a également écrit sur la lettre de change, M. Nouguier, a examiné la question avec plus de détail que tous ses devanciers.

Il distingue entre le cas où le porteur se contente de l'acceptation du tiré sous réserve de payer à lui-même, et ne fait pas protester la lettre de change, faute d'acceptation ; et le cas où le porteur qui n'admet pas la compensation prétendue par le tiré, considère la réserve de compenser comme un refus d'accepter et fait protester faute d'acceptation.

Dans le premier cas, l'acceptation conditionnelle est valable, selon M. Nouguier, et le silence du porteur équivaut à un engagement de sa part de garder la lettre entre ses mains, de ne pas la négocier et de souffrir la compensation. Cependant, s'il l'a négociée, quelle sera la position du nouveau porteur à l'époque de l'échéance ? le tiré pourra-t-il lui opposer la réserve qui limite l'effet de l'acceptation et compenser contre lui, comme vis-à-vis de son débiteur? ou bien, au contraire, le nouveau porteur pourra-t-il considérer l'acceptation conditionnelle comme nulle, agir contre le tiré en vertu de la

(1) *De la lettre de change*, p. 165.

lettre de change comme si elle n'avait pas été acceptée? Entre ces deux opinions M. Nouguier se prononce pour celle qui est favorable à l'accepteur, par ce motif que la réserve écrite dans l'acceptation, de *payer à soi-même*, a clairement révélé la position de l'endosseur et la volonté de l'accepteur d'opposer la compensation; de telle sorte que, si, malgré cet avertissement, un cessionnaire consent à recevoir la lettre de change, la négociation en a lieu à ses risques et périls.

Dans le second cas, c'est-à-dire si le porteur ne se contente pas d'une acceptation par laquelle le tiré se réserve de payer à lui-même, le porteur peut, selon M. Nouguier, faire protester au tireur; mais celui-ci n'est tenu de payer la lettre de change, ou de donner caution pour le payement à l'échance, conformément à l'article 120 du Code de commerce, que si le tiré n'est pas réellement créancier du porteur d'une dette susceptible d'entrer en compensation. Si le tiré est réellement créancier d'une dette compensable, le porteur n'a rien à demander au tireur à raison d'un refus d'acceptation ou d'une réserve qui ne provient pas de son fait (1).

Que d'opinions plus ou moins divergentes! Dupuy de La Serra permet au tiré d'accepter pour payer à lui-même, bien qu'il ne soit pas créancier du porteur qui lui présente la lettre à l'acceptation, s'il est d'ailleurs créancier du preneur ou du donneur de valeur; et il ne veut pas que cette acceptation puisse servir de prétexte à un recours contre le tireur. Pothier et M. Merlin n'autorisent l'acceptation pour payer à soi-même, que lorsque l'accepteur est créancier du propriétaire de la lettre. M. Pardessus ne voit, dans cette condition de payer à soi-même, qu'une réserve inutile, qui ne peut jamais être opposée au porteur lors de l'échéance et qui, devant être en quelque sorte réputée non écrite, n'autorise aucun recours contre le tireur. M. Vincens considère cette acceptation comme nulle, tant relativement au porteur actuel que relativement aux porteurs ultérieurs, et leur permet de recourir contre tous les coobligés au payement de la lettre de change, y compris les tireurs. M. Persil ne regarde pas seu-

(1) *Des lettres de change*, p. 234 et suiv.

lement la réserve comme non écrite : il déclare l'acceptation nulle, de telle sorte que le tireur ne peut jamais s'en prévaloir pour se prétendre libéré et qu'il demeure passible du protêt faute d'acceptation. Enfin, M. Nouguier considère cette acceptation comme valable, tant pour le porteur qui s'en contente, que pour son cessionnaire; et il n'accorde au porteur qui ne s'en contente pas, un recours contre le tireur, que dans le cas où le tiré se réserverait, à tort, la compensation contre un porteur dont il ne serait pas créancier.

2262. De ces diverses opinions, celles de M. Vincens et de M. Persil me paraissent être le plus dans le vrai; mais elles ont besoin d'être complétées.

Rappelons d'abord trois principes qui sont en dehors de toute discussion.

La compensation n'a lieu, aux termes de l'article 1291, qu'entre dettes également exigibles; et une dette non échue n'est pas exigible.

L'acceptation d'une lettre de change ne peut être conditionnelle : c'est la disposition expresse de l'article 124 du Code de commerce.

Enfin, celui qui est porteur d'une lettre de change au moment de son échéance, n'est passible d'aucune des exceptions de compensation ou autres que le tiré pourrait opposer, soit au tireur, soit au preneur, soit aux endosseurs précédents. C'est un point que j'ai déjà suffisamment établi (1), sur lequel je reviendrai plus tard, et que le lecteur peut accepter, dès à présent, comme constant.

Cela posé, le tiré qui, lorsqu'une lettre de change non encore échue est présentée à son acceptation par un porteur, dont il est créancier, l'accepte pour payer à lui-même, fait de deux choses l'une : ou il entend actuellement opposer au porteur la compensation de ce que lui doit celui-ci avec le montant de la lettre de change; ou il se réserve d'opposer à celui qui sera porteur à l'échéance, la compensation de ce

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1524.

que lui doit celui qui est porteur au moment de l'acceptation.

Dans le premier cas, les deux dettes n'étant pas actuellement exigibles, le porteur ne peut se prévaloir d'aucune compensation légale. La compensation qu'il oppose au porteur n'est donc qu'une compensation conventionnelle, une proposition de considérer, dès à présent, la lettre de change comme éteinte. Or, cette proposition, qui a pour objet d'annuler un titre, ne peut produire d'effet qu'autant que le porteur, auquel elle est adressée au moment de l'acceptation, y consent d'une manière expresse. Il faut une convention nouvelle pour dissoudre une convention antérieure. Jusqu'à ce que cette convention soit formée par l'acquiescement du porteur exprimé sur le titre même de la lettre de change, la réserve de compensation faite par l'acceptant demeure une demande sans réponse et conséquemment sans résultat.

Dans le second cas, la réserve d'opposer au porteur ultérieur une compensation du chef d'un porteur antérieur, est radicalement nulle comme contraire à tous les principes de l'endossement et du change, et ne peut, dès lors, être opposée au porteur ultérieur. Il n'en serait autrement que si le porteur antérieur avait expressément consenti à cette réserve par la lettre même, ce qui équivaudrait à son annulation : en effet, tant qu'une lettre de change reste dans la circulation, une réserve qui aurait pour but de lui enlever tous ses effets, à l'échéance, n'a aucune valeur et ne peut produire aucun résultat, si cette réserve n'a été faite que par le débiteur seul auquel elle doit profiter, et n'a pas été consentie par le créancier à l'encontre duquel elle est faite.

C'est à tort qu'on assimilerait une acceptation pour payer à soi-même, aux clauses accessoires qui peuvent être insérées, soit dans le corps même de la lettre de change, soit dans les endossements successifs, telles que l'indication d'un besoin, et la stipulation de retour sans frais. D'abord, ces clauses accessoires n'ont pas pour objet de modifier l'essence même du contrat de change, de l'annuler de fait pendant qu'il est encore destiné à circuler, mais d'en régler l'exécution. Elles

ne touchent en rien aux droits du porteur; elles déterminent seulement comment le tireur ou les endosseurs entendent que ces droits soient exercés. On comprend, dès lors, qu'elles puissent faire la loi des parties, sans que le porteur, auquel elles imposent certaines conditions, ait eu besoin d'y consentir d'une manière expresse, comme s'il s'agissait d'un nouveau contrat à substituer au contrat primitif. Au contraire, le tiré qui accepte pour payer à lui-même ne fait autre chose que stipuler une compensation conventionnelle qui éteindrait la dette résultant de la lettre de change. Or, il est bien clair que le consentement à cette stipulation, qui change du tout au tout la position réciproque des parties, ne peut pas se présumer parce qu'il s'agit ici d'une renonciation à un droit, qui doit être énoncée d'une manière expresse; et que le porteur qui, malgré la réserve de l'accepteur, laisse la lettre de change dans la circulation, loin de consentir à cette réserve, proteste de la manière la plus énergique contre la prétention du tiré. Donc, sous ce premier rapport, pas d'assimilation possible entre l'indication d'un besoin ou la stipulation du retour sans frais, et l'acceptation pour payer à soi-même.

Ensuite, la stipulation du retour sans frais, l'indication d'un besoin, sont des clauses qui ne pourraient jamais émaner du tiré auquel il est défendu d'accepter conditionnellement, mais seulement des tireurs ou des endosseurs. A plus forte raison le tiré ne peut-il mettre à son acceptation la condition de payer à lui-même. L'article 124 du Code de commerce, en disposant que l'acceptation ne peut jamais être conditionnelle, a voulu qu'aucune réserve provenant du fait du tiré ne pût retarder, suspendre ou empêcher le payement à l'échéance : comment, dès lors, pourrait-on valider, à quelque degré que ce fût, une réserve qui aurait, plus que toute autre, pour effet certain et inévitable d'empêcher le payement de la lettre de change?

De tout ce qui précède, on doit conclure que l'acceptation pour payer à soi-même ne peut préjudicier aux droits de celui qui, à l'échéance, se trouve porteur de la lettre de change pourvu, toutefois, qu'il soit autre que celui qui était porteur

au moment de l'acceptation; car il est bien évident que, si le tiré est créancier de ce porteur, il pourra lui opposer la compensation à l'échéance : il n'y avait pas besoin de réserve pour cela.

2263. Mais cette acceptation libère-t-elle le tireur, ou bien doit-elle être assimilée à un refus d'acceptation qui autorise le porteur à recourir contre le tireur ou les endosseurs précédents pour les contraindre à rembourser l'effet, ou à donner caution du payement à l'échéance, conformément à l'article 120 du Code de commerce?

Il est de la dernière évidence que la réserve faite par le tiré dans son acceptation équivaut à un refus d'acceptation. Toute acceptation conditionnelle est assimilée par l'article 124 à un refus d'acceptation qui ouvre au porteur le recours que lui donne l'article 120. A plus forte raison en doit-il être ainsi de l'acceptation sous condition de payer à soi-même, puisqu'elle signifie clairement que le tiré ne veut pas payer la lettre de change, et qu'il entend s'acquitter en monnaie de compensation. J'avoue ne pas comprendre comment on a pu trouver un motif d'exonérer le tireur dans cette circonstance que le refus, la condition ou la réserve imposés par le tiré ne proviennent pas du fait du tireur, mais du fait du porteur qui présente la lettre à l'acceptation. Sans doute, si l'on admet que le tiré a le droit de se réserver du chef du porteur actuel une compensation contre le porteur ultérieur qui lui présentera la lettre à l'échéance, il est clair que ni le tireur ni les endosseurs ne peuvent répondre des suites de l'exercice de ce droit. Mais si, comme je crois l'avoir prouvé, le tiré qui accepte sous la réserve de payer à lui-même, fait ce qu'il n'a pas le droit de faire, et si sa déclaration équivaut en définitive à un refus d'accepter, le recours est évidemment ouvert contre le tireur et les endosseurs auxquels on peut faire un protêt faute d'acceptation. Peu importe quelle est la cause ou le prétexte du refus d'acceptation : ce refus expose le tireur à l'action du porteur, parce que le tireur a pour obligation de faire accepter. Autoriser le tireur à prendre fait et cause du tiré, et à se prévaloir de la compen-

sation dont celui-ci a fait la réserve, c'est supposer que cette réserve est valable, et que là où il n'y a pas lieu à la compensation légale, on peut cependant agir par voie de compensation; en d'autres termes, c'est tourner dans un cercle vicieux. Le droit de recours dépend de la validité de l'acceptation. S'il y a acceptation valable, il n'y a pas de recours possible, cela est certain. Mais si l'acceptation est nulle, comme je crois l'avoir prouvé, le recours est ouvert contre le tireur qui ne peut, pour se défendre, opposer du chef du tiré une exception dont le tiré lui-même n'a pu se prévaloir.

En résumé, les règles particulières à la transmission des lettres de change par voie d'endossement se réunissent aux principes généraux de la compensation, pour interdire au tiré la faculté d'opposer à la lettre de change non encore échue, la compensation de ce que lui doit le porteur qui la présente à son acceptation.

2264. Nous avons vu que, pour qu'une dette soit exigible, il faut que le terme du payement soit arrivé. Il y a une sorte d'exigibilité particulière qui résulte de certaines circonstances, dont l'effet est de priver le débiteur du bénéfice du terme, lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (1). Dans ce cas, la dette, dont l'époque d'exigibilité se trouve exceptionnellement rapprochée, est susceptible d'entrer en compensation; mais on comprend que cette compensation ne s'opère pas de plein droit et ne peut avoir lieu que lorsqu'il a été judiciairement constaté que les sûretés promises ont été diminuées.

2265. La faillite du débiteur entraîne légalement la déchéance du terme (2). Le jugement déclaratif de faillite, dit l'article 444 du Code de commerce, rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues. Mais, dans ce cas particulier, et malgré l'exigibilité produite par la faillite, la dette ne devient pas susceptible de compensation. La raison en est que le failli, après sa faillite, ne peut, ainsi que nous

(1) C. civ., 1188. Voy. *sup.*, t. III, n. 1868.
(2) *Ibid.*, 1188.

le verrons bientôt (1), faire aucun payement au préjudice de la masse de ses créanciers, entre lesquels doit régner l'égalité la plus complète : la compensation qui romprait cette égalité doit donc être interdite comme le payement lui-même. D'ailleurs, l'exigibilité produite par la faillite n'est pas une exigibilité ordinaire, et ne donne pas au créancier le droit d'agir contre son débiteur pour se faire payer. Cette exigibilité ne produit d'autre effet que d'assimiler la dette non échue aux dettes échues qui composent la masse de la faillite, en les faisant concourir toutes ensemble pour obtenir un payement proportionnel, soit à l'aide d'un concordat, soit à l'aide d'un contrat d'union. Si l'exigibilité produite par la faillite autorisait la compensation, la dette non échue, en se compensant, se trouverait dans une position plus favorable que les dettes échues qui restent soumises à toutes les éventualités de la faillite.

Toutefois, Casaregis, trompé sans doute par les apparences, décidait le contraire et admettait la compensation des dettes que la faillite rend exigibles avec ce qui est dû par les créanciers du failli : *Compensatio fieri potest de credito in diem cum credito puro, quando unus ex mercatoribus decoquit, quia tunc propter decoctionem creditum in diem fit purum* (2). Cette opinion est d'autant plus singulière de la part de Casaregis, qu'il refuse au failli, comme nous le verrons bientôt, la faculté de compenser (3). Aussi, n'a-t-elle été adoptée ni par la jurisprudence commerciale, qui juge d'une manière uniforme qu'il n'y a aucune compensation possible entre ce qu'un créancier de la faillite doit au failli, et la dette du failli que la faillite a rendue exigible (4), ni par les auteurs (5).

2266. M. Duranton, tout en admettant le principe quant aux dettes commerciales, fait cependant une exception pour les

(1) Voy. *inf.*, n. 2306 et suiv.

(2) *Disc.* 135, n. 12 et suiv.

(3) Voy. *inf.*, n. 2306 et suiv.

(4) Cass., 12 fév. 1811, S., 3, 1, 293 ; 24 nov. 1841, S., 42, 1, 80 et 14 mars 1854, S., 54, 1, 355 ; Agen, 3 janvier 1860, S., 60, 2, 140.

(5) Pardessus, n. 1125 ; Boulay-Paty, *Des faillites*, n. 109 ; M. Renouard, t. II, p. 321 ; MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 161.

dettes civiles qui, selon lui, seraient susceptibles d'entrer en compensation quand la faillite les rend exigibles (1). Mais cette distinction, qui semble uniquement reposer sur cette supposition que le failli pourrait payer les dettes civiles, tandis qu'il ne peut payer les dettes commerciales, pèche par sa base, car il est au contraire certain que la faillite est un état indivisible qui s'étend sur les dettes du failli, quelle que soit d'ailleurs leur origine civile ou commerciale (2), et que, par conséquent, il ne peut pas plus payer les unes que les autres. La distinction faite par M. Duranton ne doit donc pas être admise, et il faut s'en tenir à la règle générale qui interdit toute compensation des dettes que la faillite a rendues exigibles.

L'état de faillite peut donner lieu à d'autres questions que nous examinerons à mesure que nous rencontrerons les règles auxquelles elles se rapportent.

2267. Une dette, avons-nous dit, est exigible quand le terme d'échéance est arrivé ou échu. Toutefois, le terme de grâce, bien que non encore échu, n'est pas un obstacle à la compensation (3) : accordé au débiteur dans le but unique de lui faciliter les moyens de se libérer plus tard, le terme de grâce devient sans objet quand la compensation lui offre les moyens de se libérer actuellement. C'est le contraire de ce qui a lieu en matière de faillite, où l'exigibilité résultant de la faillite, tout en supprimant le terme conventionnel accordé au débiteur, ne rend pas la dette compensable, ainsi que nous venons de le voir tout à l'heure (4).

2268. L'état de faillite donne naissance à une question fort analogue à celle qui vient d'être résolue relativement au terme de grâce. Quand le failli, en faisant un concordat avec ses créanciers, obtient de ceux-ci, pour se libérer, des délais qui prorogent l'échéance de ses dettes, doit-on assimiler cette prorogation à un terme de grâce, et décider, par suite, qu'elle

(1) T. XII, n. 412.
(2) Voy. *sup.*, t. II, n. 1152; M. Renouard, *Des faillites,* t. II, p. 231.
(3) C. civ., 1292. Voy. *sup.*, n. 2142 et suiv.
(4) Voy. *sup.*, n. 2265.

ne fait pas obstacle à la compensation ? La négative est certaine. Le délai accordé par concordat n'est pas un terme de grâce, c'est un terme conventionnel dont le débiteur doit jouir, par conséquent, de la manière prévue par la convention; et il n'en jouirait pas si ce qu'il ne doit payer qu'à l'échéance du terme convenu pouvait, avant l'échéance de ce terme, se compenser avec ce qui lui est actuellement dû. D'un autre côté, le concordat est une convention qui lie tous les créanciers et dont le but principal est de faciliter, dans l'intérêt de tous, la libération du débiteur commun. Or, cette égalité serait rompue si l'un des créanciers, qui se trouve en même temps débiteur du failli concordataire, pouvait se prévaloir d'une compensation qui ferait sa position meilleure que celles des autres créanciers, et qui, en le dispensant de payer ce qu'il doit, pourrait réagir d'une manière fâcheuse contre ces derniers, en privant le débiteur commun des rentrées sur lesquelles il comptait pour satisfaire aux obligations que le concordat lui impose (1).

Mais la compensation peut-elle avoir lieu à l'égard de la portion de la dette dont il a été fait remise au débiteur, portion qui ne constitue plus qu'une dette naturelle et à laquelle ne s'appliquent pas les délais stipulés par le concordat. C'est une question que j'examinerai tout à l'heure en parlant des effets de l'état de faillite sur la compensation en général (2).

2269. Je reviens aux conditions générales de l'exigibilité.

Il faut, de plus, pour que la dette soit exigible, que son existence ne dépende d'aucune condition suspensive qui transforme le droit du créancier en une simple espérance : à la différence du cas où la dette ne serait soumise qu'à une condition résolutoire, parce que cette dernière espèce de condition n'empêche pas le créancier d'exercer actuellement un droit sujet à résolution (3).

2270. De ce que la condition suspensive, tant qu'elle ne s'est pas réalisée, est un obstacle à la compensation de la

(1) Duranton, t. XII, n. 402. — Voy. aussi Rouen, 12 nov. 1853, S., 54, 2, 606.

(2) Voy. *inf.*, n. 2316.

(3) Voy. *sup.*, t. III, n. 1795 et suiv.

dette dont l'existence lui est subordonnée, il suit que l'accepteur à découvert de lettre de change, qui par son acceptation devient le créancier éventuel du tireur pour le cas où plus tard il viendrait à payer les lettres de change sans en avoir reçu la provision, ne peut, si, avant d'avoir reçu la provision, il devient débiteur du tireur, opposer en compensation le montant de son acceptation, puisque, n'ayant pas encore payé, il n'est créancier que sous la condition suspensive de ce payement (1). A plus forte raison n'aurait-il aucune compensation à opposer s'il avait reçu une provision, puisque son acceptation ne pourrait jamais le constituer créancier.

2271. Mais si le tiré qui a reçu une provision et qui est, de ce chef, débiteur du tireur, devenait en même temps son créancier, le tireur pourrait-il compenser sa propre dette avec la provision que lui doit le tiré ? Oui, si le tiré n'avait pas encore accepté, parce que, n'ayant plus de provision par l'effet de la compensation, rien ne forcerait le tiré d'accepter la lettre de change et de se constituer ainsi de nouveau le créancier du tireur. Non, si le tiré avait accepté, parce que, son acceptation empêchant la provision d'être disponible entre ses mains, cette provision ne pourrait plus être employée à éteindre la créance du tireur sur le tiré. Le tireur, dans ce cas, serait donc tenu de payer ce qu'il doit au tiré, sans pouvoir exciper de ce que le tiré lui doit; l'exigibilité de cette dette est subordonnée au cas où la provision deviendrait disponible entre les mains du tiré, ce qui la fait dépendre d'une sorte de condition suspensive.

2271 *bis*. Dans tous les cas d'ailleurs où des sommes ou valeurs adressées par le tireur au tiré pour le couvrir du montant d'une lettre de change, peuvent être réputées avoir reçu une effectation au payement de cette lettre de change, sans que le tiré puisse y prétendre aucun droit, elles ne peuvent être appliquées par voie de compensation au payement de ce que le tireur doit au tiré (2).

(1) Paris, 11 juin 1825, Sirey, 25, 2, 391; D., 26, 2, 62; Cass., 20 déc. 1837, S., 38, 1, 46.

(2) Cass., 4 avril 1865, S., 65, 1, 165, et 18 mai 1868, S., 68, 1, 292 et D., 68, 1, 323.

2272. Cette règle de l'article 1291, que la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui sont également liquides et exigibles, sert à résoudre la question de savoir quand et comment la compensation s'opère entre les différents articles de crédit et de débit des comptes que tout homme d'ordre devrait tenir, et qui, dans le commerce, sont à la fois un devoir et une nécessité.

Suivant M. Toullier, cette opération serait toujours sensible si chaque citoyen avait la prudence de faire ce que la loi ordonne à tous les commerçants, de tenir un livre de recette et de dépense, *tabulas accepti et expensi*, et d'y porter exactement ce qui est dû et tout ce qu'il doit. « J'étais, ajoute-t-il, votre créancier d'une somme de 10,000 francs dont je vous avais *débité* sur mon livre, pour employer l'expression énergique usitée dans le commerce. Je deviens votre débiteur d'une somme de 8,000 fr.; je vous en *crédite* sur le même livre. En déduisant cette somme de la première, il est évident que vous ne me devez plus que 2,000 francs; le surplus de ma créance est éteint par la compensation ou par l'imputation qui en a été faite le jour où vous êtes devenu mon débiteur (1). »

Cela est foncièrement vrai; mais les choses ne se passent pas toujours aussi simplement.

2273. Sous le rapport de la compensation, les différentes espèces de comptes peuvent se réduire à deux : le compte simple ou le compte de gestion, et le compte courant; l'un et l'autre peuvent donner lieu à la compensation; mais elle ne s'opère pas de la même manière dans l'un et dans l'autre.

Tout mandat conduit à une reddition de compte. Si le mandataire a fait des avances sans rien recevoir en retour, le compte se borne à l'énumération de ses dépenses, dont le mandant est constitué débiteur. Si, au contraire, le mandataire a reçu des valeurs, soit pour l'accomplissement de son mandat, soit par suite de cet accomplissement, le compte comprend, d'une part, ce que le mandataire a reçu; d'autre part, ce qu'il a dépensé; s'il a plus reçu qu'il n'a dépensé, il

(1) T. VII. n. 343.

doit la différence; s'il a moins reçu, c'est le mandant qui est débiteur.

Dans ce compte, qui est le compte simple ou de gestion, tout ce que le mandataire reçoit est reçu par lui pour le compte du mandant; tout ce qu'il dépense est dépensé pour le compte du mandat : de telle sorte qu'il est constitué débiteur à mesure qu'il reçoit, créancier à mesure qu'il dépense, et que la compensation s'opère, dès lors, entre les différents articles de dépense qui, plus tard, figureront dans le compte, par imputation réciproque et successive d'un article sur l'autre, à mesure que le mandataire devient comptable des uns et des autres, et non pas seulement en fin de compte au moment où s'établit la balance générale entre les articles de recette et les articles de dépense. En d'autres termes, les créances réciproques du mandant et du mandataire s'élèvent ou s'abaissent alternativement, à mesure qu'un nouvel article vient rétablir ou rompre l'équilibre, en faisant pencher la balance d'un côté ou de l'autre. Il suit de là, et cette conséquence démontre l'importance de la règle qui opère la compensation. à partir du moment où le mandataire devient comptable des articles de recette ou de dépense, que si les sommes reçues ou avancées par lui sont productives d'intérêts, ces intérêts doivent être calculés sur chaque article, non à partir du jour où les intérêts ont été produits jusqu'à l'arrêté de compte final, mais qu'ils doivent suivre les oscillations de la recette et de la dépense et s'éteindre réciproquement jusqu'à due concurrence, à mesure que la compensation élève ou abaisse le chiffre des créances respectives du mandat et du mandataire.

En un mot, le compte simple établit entre les parties les rapports de créancier à débiteur, et ces rapports se règlent par les principes généraux du droit en matière de compensation.

2274. Mais il en est autrement dans le compte courant.

Il faut qu'il soit assez difficile de définir le compte courant, puisque tous les auteurs ont cherché plutôt à le décrire qu'à en donner une définition proprement dite.

« On appelle compte courant, dit M. Merlin, le tableau des lettres de change que les négociants et les banquiers tirent les uns sur les autres, et des remises qu'ils se font réciproquement... Dans l'usage du commerce et de la banque, il y a compte courant toutes les fois qu'il y a *débit* et *crédit*, toutes les fois qu'il y a *doit* et *avoir* (1). »

« On nomme compte courant, dit M. Pardessus, le composé de tout ce que deux correspondants se doivent réciproquement par lettres de change, mandats, billets ou autres effets qu'ils tirent l'un sur l'autre, qu'ils se transportent, ou qu'ils acquittent à leur réquisition respective, des rentrées qui en sont le résultat, en un mot, de tout ce qui a pour effet de modifier successivement entre eux les rapports de crédit et de débit (2). »

Comme on le voit, M. Merlin et M. Pardessus disent bien de quoi se compose un compte courant, mais ils n'expriment pas quel en est le caractère distinctif et la nature particulière.

MM. Delamarre et Lepoitvin qui, dans leur *Traité du contrat de commission*, ont éclairé tant de points obscurs du droit commercial, ont bien compris que ces descriptions ne faisaient connaître que l'extérieur et la surface du contrat, tandis que la définition, pénétrant plus avant, pouvait seule en faire connaître la substance. Ils définissent donc le compte courant : « Un contrat par lequel l'un des contractants remet à l'autre contractant, ou reçoit de lui, de l'argent ou des valeurs, non spécialement affectés à un emploi déterminé, mais en toute propriété, et même sans obligation d'en tenir l'équivalent à la disposition de celui qui remet; en un mot, à la seule charge par celui qui reçoit d'en créditer le remettant, sauf règlement par compensation, à due concurrence, des remises respectives sur la masse entière du crédit ou du débit (3). »

Cette définition est foncièrement exacte; cependant elle me paraît manquer de précision. Je crois qu'on peut mieux définir le compte courant, un contrat par lequel il est convenu que les prêts réciproques que pourront se faire, sous forme

(1) *Quest. de droit*, v° *Compte courant*, § 1.
(2) *Droit comm.*, t. II, n. 475.
(3) *Du contrat de commission*, t. II, n. 489.

d'avances ou de remises, deux commerçants qui sont en rapports d'affaires ou de correspondance, n'établiront entre eux les rapports de débiteur à créancier qu'au moment de l'arrêté de compte, c'est-à-dire lorsque la balance constituera l'un créancier et l'autre débiteur; et que jusque-là, en d'autres termes, tant que le compte courra, il n'y aura pas de dettes réciproques, mais seulement *crédit* et *débit*, *doit* et *avoir* et des rapports de *crédité à débité*. C'est dans cette absence de dettes réciproques, qui sont remplacées par des articles de débit et de crédit, que se trouve l'utilité du contrat de compte courant, qui est de suppléer à la monnaie métallique, en renvoyant à l'époque de l'arrêté de compte le solde réel et effectif du reliquat (1).

Remarquons, en passant, que, suivant les auteurs du *Traité du contrat de commission*, ce serait une erreur de prétendre que le compte courant se compose de plusieurs prêts partiels. Ils reconnaissent bien qu'une somme prêtée peut entrer dans un compte courant, mais ils prétendent que chaque remise en compte courant n'est pas plus un prêt partiel, que l'ensemble des remises n'est un prêt en masse; « car, disent-ils, il ne peut y avoir de contrat de prêt sans la volonté de l'une des parties de prêter, et la volonté de l'autre d'emprunter; » et telles ne sont certainement pas les volontés des deux négociants qui conviennent de travailler en compte courant. Leur volonté est qu'en contre-valeur des remises en argent, effets ou marchandises, débit ou crédit soit donné, que les sommes débitées ou créditées se compensent, et qu'il ne soit dû que le solde ou l'excédant de la compensation... Dans le contrat de prêt, il y a, dès qu'il est formé, un créancier et un débiteur, selon l'acception de ces mots en droit : tant que le compte est courant, il n'y a qu'un crédité et un débité, selon l'acception de ces termes en tenue de livres (2).

Sans doute, les avances ou remises faites en compte courant ne constituent pas des prêts purs et simples, car autrement il n'y aurait pas compte courant : il y aurait des prêts réci-

(1) Voy. Adam Smith, t. II, p. 13 (édit. Guillaumin).
(2) N. 495.

proques qui se solderaient, par voie de compensation, à mesure qu'ils se rencontreraient, au lieu de devenir des articles de débit ou de crédit destinés à ne se solder qu'en fin de compte. Mais il y a prêt en ce sens que chacun des contractants est propriétaire des remises ou des avances dont il est débité, et dont il crédite son correspondant. C'est parce qu'il y a prêt qu'il y a transmission de propriété. S'il n'y avait que dépôt, la propriété ne serait pas transmise. Or elle est si bien transmise, que les avances ou remises faites en compte courant sont de plein droit productives d'intérêts (1), ce qui n'aurait pas lieu si le correspondant les recevait simplement à titre de comptable ou de dépositaire. Et, d'un autre côté, comme les remises ou avances faites en compte courant se réduisent toujours en avances faites par un correspondant pour le compte de l'autre, elles constituent des prêts au même titre que les avances de tous mandataires (2).

2275. Quoi qu'il en soit, de ce que les sommes passées en compte courant ne constituent ni l'un ni l'autre des correspondants, créancier ou débiteur, tant que le compte court, il en résulte que, jusqu'à l'arrêté du compte, il n'y a pas de compensation possible, et que la compensation ne s'opère qu'en fin de compte, entre le total du crédit et le total du débit.

C'est là un point constaté par la plus ancienne coutume commerciale et par les plus anciens interprètes. Ils distinguaient, à cet égard, entre le cas où les articles du compte sont des articles de crédit et de débit, qui n'entrent pas dans le compte à titre de payement actuel et comme moyen d'éteindre une dette antérieure, et le cas où des termes dans lesquels est conçu l'article de compte, il résulte qu'il est destiné à un payement actuel. Dans le premier cas, il n'y avait compensation que lorsque l'arrêté du compte avait fait cesser le crédit et le débit; dans le second cas, elle s'opérait de suite, selon les règles du droit (3).

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 4698.

(2) C. civ., 2001. — V. cependant M. Demangeat, sur Bravard, t. II, p. 433 et suiv.

(3) Voy. Bordeaux, 23 janv. 1851, S., 51, 2, 256. — Voy. aussi Cass., 17 janv. 1847, S., 49, 1, 228.

Casaregis, qui rapporte les diverses opinions des docteurs sur ce point (1), repousse, il est vrai, cette distinction, en se fondant sur ce qu'il n'arrive presque jamais qu'une somme soit passée en compte courant avec indication de la dette qu'elle doit éteindre (2). Mais cette raison n'a évidemment aucune valeur, puisqu'elle ne prouve pas que la compensation entre les remises, à mesure qu'elles sont faites de part et d'autre, soit compatible avec la nature du compte courant. Or, s'il est élémentaire en comptabilité commerciale que les articles de débit et de crédit ne constituent ni dettes ni créances, tant que le compte court; s'il n'y a dès lors un débiteur et un créancier que lorsque le compte est arrêté (3), il est bien manifeste que jusque-là il n'y a pas matière à compensation, puisque, loin qu'il y ait dettes réciproques, il n'y a dette ni d'un coté ni de l'autre. C'est d'ailleurs ce qu'il est facile de démontrer par les principes même de la compensation.

On sait qu'il n'y a de compensation possible qu'en dettes qui sont également liquides et exigibles.

Or, d'une part, tant que le compte courant court, c'est-à-dire tant qu'il n'y a pas arrêté de compte, il n'y a pas de dettes exigibles, puisque autrement le compte serait toujours arrêté de plein droit, ce qui revient à dire qu'un compte *courant* ne *courait* pas. Donc, sous ce premier rapport, la compensation

(1) *In hâc quæstione an per contrapositionem partitarum in libris mercatorum compensatio statim inducatur, multi ex doctoribus sic distinguunt : aut partitæ positæ sunt in libris mercatorum à parte crediti, nempè in creditum tantùm debitoris, et sic in formam* di dare e avere, *sine expressione, quòd illæ solutæ fuerint à debitore in dissolutionem debiti, et tunc per talem contrapositionem non inducitur extinctio, sive compensatio quia partitæ contrapositæ remanserunt in purum creditum debitoris, cujus propterea semper in facultate erit eligendi in quam causam illas cedere vel compensare velit. Aut partitæ non solùm sunt contrapositæ à parte crediti, vulgò* all'avere, *sed ampliùs ex illarum descriptione apparet quòd solutæ fuerint ad computum seu infrà solutionem debiti, et tunc cedere debent in debitum anteriùs, sive antiquiùs prout de jure.* — (Surd. décis. 186, *ferè per tot, et ibi hodiern.*, n. 2 *et seq.*, *cum aliis citatis, per* Beltramin., *ad Ludovis.*, décis. 366, *lit. B ;* et Amat., résol. 41, n. 2). Casaregis, *Disc.* 35, n. 5 .

(2) *Ibid.*, n. 53.

(3) Casaregis l'avoue lui-même : *Ante redditam rationem nemo creditor vel debitor dici potest. Disc.* 41, n. 28.

ne s'opère, en matière de compte courant, que lorsque le compte est arrêté.

D'un autre côté, tant que le compte courant court, et que les sommes respectives du crédit et du débit sont tous les jours variables, il n'y a pas de créance liquide. C'est donc l'arrêté de compte qui seul, en fermant le cours des remises ou des avances, détermine ce qui est dû de part et d'autre, liquide la position des correspondants, et rend compensables les sommes respectives du débit et du crédit. C'est pourquoi la Rote de Gênes, dans une espèce où il s'agissait de compenser le reliquat d'un compte courant avec une dette étrangère à ce compte, et qui d'ailleurs était liquide, voulait qu'on arrêtât préalablement le compte courant duquel, jusqu'à l'arrêté de compte, ne pouvait résulter aucune créance susceptible d'entrer en compensation (1). Et la Cour de cassation a jugé expressément, le 6 frimaire an XIII (2), que la compensation ne peut avoir lieu en matière de comptes courants, dont le débit et le crédit subissent des variations perpétuelles et ne se fixent qu'au dernier terme des négociations respectives.

Aussi MM. Delamárre et Lepoitvin, qui, sauf quelques erreurs de détail, ont analysé le compte courant avec autant de soin que d'exactitude, reconnaissent-ils qu'il est de l'essence du compte courant que les remises respectives soient faites sons la condition de compensation *sur la masse entière du crédit et du débit*, parce que la compensation est l'unique moyen de parvenir au but économique que les parties se proposent, et que ce mode de compensation est le seul compatible avec la nature et même avec l'expression de compte courant (3). « Toutes les remises, disent-ils, ont été faites sur un même pied d'égalité et dans un même but ; par conséquent, toutes

(1) *Cùmque in libro dicti Lucæ essent descriptæ partitæ dati et accepti, et per ipsum conventum exhibitæ, quæ debebant et ipsi servire pro concurrenti quantitate, dicebatur eligendos esse calculatores, agentes ex adverso cùm creditum ipsorum esset instrumentale et liquidum, propterea quod non potest illiquida compensatio opponi, et partitæ essent pro computo currenti. Décis*. 213, n. 1.

(2) S., 2, 1, 29.

(3) N. 493.

ont un droit égal à la compensation. Il ne se peut donc pas que tel article de crédit soit effacé par tel article de débit; et si le compte est convenu avec intérêts, il est tout aussi impossible d'éteindre d'abord les intérêts, pour amortir ensuite le capital. Vous m'avez débité de dix mille francs, espèces à moi comptées, et huit, jours après, je vous fais une remise égale. Si une partie de cette remise devait servir à éteindre l'intérêt des huit jours, puis le surplus s'imputer sur le capital ou débit de dix mille francs, ce mode de régler détruirait le compte *courant*. Il nous supposerait, *hic et nunc*, vous, mon créancier, moi, votre débiteur. Ce serait *arrêter* le compte, l'empêcher de courir, en un mot y mettre fin ; tandis que nous n'avons voulu qu'établir une série de *débits* et de *crédits*, sauf à déterminer, lors du règlement définitif, qui sera débiteur sur le résultat d'une compensation générale (1). » Il n'y a rien à ajouter à cela (2).

La cour de Bordeaux a jugé, il est vrai, le 7 mars 1826 (3), que la règle qui veut que la compensation n'ait lieu qu'entre deux dettes également liquides et exigibles, souffre exception dans le cas où des marchands ayant fait ensemble plusieurs opérations commerciales, se sont respectivement fourni des valeurs en compte courant; de telle sorte que, lorsque l'un des deux marchands est assigné par l'autre en payement de traites échues et exigibles, il peut se refuser à payer jusqu'à ce qu'il ait été procédé à un règlement de compte, pour savoir lequel des deux intéressés est définitivement créancier de l'autre. Mais il est évident que cet arrêt dit plus, ou tout au moins dit autre chose que ce qu'il veut dire. En effet, loin d'admettre une compensation de plein droit entre les articles de débit et de crédit, il se borne à renvoyer les parties à compter, pour opérer ensuite une compensation entre une dette étrangère au compte courant et le solde du compte, solde qui n'est que le résultat d'une compensation générale. C'est ce qu'avait fait

(1) V. 497.
(2) Cass., 17 janvier 1849, S., 49, 1, 228. M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 443.
(3) S., 8, 2, 204.

la Rote de Gênes dans l'espèce précitée ; et cela suppose nécessairement que la compensation n'a pas lieu entre les articles de débit et de crédit à mesure qu'ils entrent dans le compte, mais qu'ils y figurent intégralement tant que le compte court, pour devenir les éléments de la compensation générale, qui s'opère quand le compte est arrêté.

C'est en ce sens qu'il faut entendre les anciens auteurs lorsqu'ils parlent de compensation entre les articles de débit et de crédit, et du payement qui s'opère par ce moyen (1).

De ce que, en matière de compte courant, il n'y a qu'une compensation finale au moment de l'arrêté de compte, il en résulte, au contraire de ce qui a lieu dans les comptes simples ou de gestion (2), que les intérêts des remises courent pour la remise entière depuis le jour où ils ont commencé d'être produits jusqu'à l'arrêté de compte, sans recevoir aucune réduction réciproque par l'effet des remises ultérieures (3).

2276. On voit, par ce qui précède, de quelle importance sont, en fait de compensation, les circonstances d'exigibilité et de liquidité, et les questions aussi délicates qu'usuelles qui, dans les matières commerciales, peuvent naître du point de savoir si les dettes respectives remplissent les conditions voulues pour pouvoir se solder réciproquement.

L'exigibilité et la liquidité sont donc les deux conditions principales et dominantes. Quand ces deux conditions se rencontrent, la compensation s'opère, quelles que soient d'ailleurs les causes de l'une et de l'autre dette (4). Toutefois, l'article 1293 du Code civil fait exception à cette règle pour trois cas déterminés.

2277. Le premier cas est lorsqu'il s'agit de la demande d'une chose dont le propriétaire a été dépouillé injustement, c'est-à-dire autrement que par autorité de justice. La compensa-

(1) *Contrapositio partitarum habet vim solutionis et compensationis*. Ansaldus, *Disc.* 12, n. 18. — *Scriptura in libris mercatorum ad debitum et ad creditum operatur solutionem*. Rote de Gênes, *décis*. 1, n. 5 et suiv. Voy. aussi Scaccia, § 2, gl. 5, n. 55.

(2) Voy. *sup.*, n. 2273.

(3) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n. 497.

(4) C. civ., 1293.

tion ne peut être opposée par le spoliateur à la demande en restitution formée contre lui. C'est là une application de la règle d'ordre public qui défend de se rendre justice à soi-même et qui protége avant tout les droits du possesseur : *Spoliatus ante omnia restituendus*.

Ainsi celui qui se prétendrait fondé à exercer contre un tiers une action en revendication de choses fongibles (1), et qui, au lieu d'exercer cette action et de la faire juger par les tribunaux compétents, se mettrait de son autorité privée en possession de ces choses, ne serait pas reçu à opposer à la demande en restitution formée par celui qu'il aurait dépouillé, la compensation de ce que ce dernier pourrait lui devoir.

2278. Le second cas est relatif à la restitution d'un dépôt ou d'un prêt à l'usage. Remarquons d'abord, en ce qui concerne le prêt à usage, que ce prêt, étant essentiellement gratuit (2), n'a jamais un caractère commercial, de telle sorte que nous n'avons pas à nous occuper ici des controverses qui se sont élevées sur le point de savoir quelle est l'hypothèse à laquelle s'applique cette disposition de l'article 1293, qui, au premier abord, paraît sans utilité, puisque les choses fongibles ne peuvent faire l'objet d'un prêt à usage, et que les choses de cette espèce sont cependant les seules qui soient susceptibles d'entrer en compensation (3).

Quant au dépôt, comme il peut consister en choses fongibles, telles que des marchandises et des denrées, la même question ne saurait se présenter, et on se rend compte dès lors des hypothèses auxquelles se rapporte la disposition qui défend d'opposer la compensation aux demandes en restitution d'un dépôt, soit qu'il s'agisse d'un dépôt régulier, c'est-à-dire de choses qui, bien que fongibles, doivent être identiquement rendues par le dépositaire (4); soit, ce qui est plus ordinaire, qu'il s'agisse d'un dépôt irrégulier, c'est-à-dire de

(1) Voy. *sup.*, n. 2245 et 2246.

(2) C. civ., 1876.

(3) Voy. Pothier, *Du prêt à usage*, n. 44 ; Delvincourt, t. II, p. 578 ; Toullier, t. VII, n. 383 ; Duranton, t. XII, n. 448 ; M. Troplong, *Du prêt*, n. 130 et suiv.

(4) C. civ., 1932.

choses que le dépositaire peut consommer à la charge de les rendre en mêmes nature, espèce, qualité et quantité (1).

C'est par application de cette règle qu'il a été jugé qu'un agent de change, qui doit être considéré comme dépositaire relativement au prix d'une vente d'effets publics par lui opérée, ne peut prétendre à compenser avec ce prix les sommes qui lui sont dues par celui qui l'a chargé d'effectuer la vente (2).

2279. Le troisième cas est relatif aux dettes qui ont pour cause des aliments déclarés insaisissables : le débiteur de ces aliments ne peut opposer en compensation ce qui serait dû à lui-même, parce que cette compensation équivaudrait à une saisie qu'il ferait entre ses mains, saisie qui ne doit pas plus être permise à lui qu'aux autres créanciers. Il suit de là que cette exception s'étend à toutes les créances insaisissables. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'armateur qui peut compenser le montant des salaires qu'il doit au capitaine avec les sommes que celui-ci a été condamné à lui payer, parce que ces salaires ne sont pas insaisissables, ne peut être admis à opposer la compensation à l'égard des sommes qu'il doit au capitaine pour droit de conduite, parce que ces sommes ne peuvent être saisies (3).

2280. Jusqu'ici, en exposant les conditions dont le concours est nécessaire pour que la compensation puisse s'opérer, je ne me suis occupé que des conditions relatives aux dettes, à leur consistance réciproque, à leur liquidité et à leur exigibilité. Je passe maintenant aux conditions relatives aux personnes qui peuvent être admises à se prévaloir de la compensation ou à qui on peut l'opposer.

Une première remarque à faire, c'est que l'incapacité personnelle des parties ne met aucun obstacle à la compensation. La compensation s'opère entre personnes qui ne sont capables ni de faire ni de recevoir un payement. La raison en est évi-

(1) Rote de Gênes, *décis.* 34, n. 8 et 9.
(2) Paris, 7 mai 1832, S., 32, 2, 552.
(3) Marseille, 15 juin 1835; *Journal de Marseille*, t. XV, 1re part., p. 287.

denté : une certaine capacité n'est requise que dans le cas où s'agit de faire un acte qui suppose un consentement ; il faut alors que les parties soient capables de consentir. Mais la compensation s'opérant de plein droit, par la force même de la loi et à l'insu des débiteurs (1), n'exige aucun consentement, et, par conséquent, aucune capacité, puisque autrement elle n'aurait pas lieu de plein droit, ni à l'insu des débiteurs. Il n'y a d'exception à cette règle que dans le cas de faillite de l'un des débiteurs. Mais nous verrons bientôt que, si l'état de faillite de l'un des débiteurs empêchela compensation, c'est moins à raison d'un défaut de capacité dans la personne du failli, que par des motifs puisés dans l'intérêt général de la masse des créanciers (2).

2281. Il suffit donc en principe, pour que la compensation s'opère entre dettes qui, par leur nature, n'excluent pas ce mode de libération, que les débiteurs, dont elle éteint les obligations, soient réciproquement débiteurs l'un de l'autre (3). Mais cette condition est de rigueur ; et celui qui pourrait payer effectivement la dette d'un tiers, même malgré la volonté du créancier, ne pourrait, pour éteindre cette dette, se prévaloir de la créance qu'il a contre ce créancier. *Ad effectum compensationis necessarium est omninò inter præcipuas, ut sit creditum et debitum respectu ejusdem personæ compensare volentis, et nemo compensat cum eo quod sibi non debetur* (4).

2282. De là il résulte qu'il n'y a aucune compensation possible entre ce qui est dû par l'un des débiteurs et ce qui est dû par l'autre à une personne chargée d'administrer les biens ou la personne du premier, pas plus qu'entre ce qui est dû par l'administrateur à un débiteur de la personne administrée, et ce qui est dû par cette personne à ce même débiteur. Ainsi la somme due à un mineur par un tiers ne se compense pas avec ce que le tuteur du mineur doit à ce tiers, de même que ce qui est dû à ce tiers par le mineur ne se compense pas avec

(1) C. civ., 1290.
(2) Voy. *inf.*, n. 2306.
(3) C. civ., 1289.
(4) De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 11, n. 17 et suiv.

ce que ce tiers doit au tuteur (1); à plus forte raison, en serait-il ainsi s'il s'agissait des dettes commerciales d'un mineur autorisé à faire le commerce, puisque le mineur est réputé majeur pour toutes les obligations relatives à son commerce, et que ces obligations échappent dès lors à l'action administrative du tuteur ou du curateur.

2283. De même, quand des époux ont contracté mariage sous un régime qui ne donne au mari sur les biens de sa femme d'autres droits que ceux d'un administrateur, il n'y a aucune compensation possible entre les dettes personnelles à la femme et les dettes personnelles au mari. C'est ce qui a lieu, par exemple, sous le régime de la séparation de biens conventionnelle ou judiciaire. Dans ce cas, ce qui est dû par la femme ne se confond pas avec ce qui est dû par le mari, et réciproquement.

Mais il en est autrement sous les régimes qui permettent de considérer les dettes de l'un des époux comme étant les dettes de l'autre. Tel est le régime de communauté. Toutefois, il faut distinguer entre le cas où la femme est créancière d'un créancier de son mari, du cas où elle est débitrice. Dans le premier cas, la créance de la femme tombant dans la communauté est, à vrai dire, la créance du mari, et elle se compense sans difficulté avec ce que doit le mari au débiteur de sa femme. Dans le second cas, au contraire, ce qui est dû par la femme ne se compense avec ce qui est dû au mari par le créancier de la femme, que lorsque la dette de la femme peut être considérée comme une dette de la communauté, et conséquemment du mari qui en est le chef (2).

2284. Voilà comment les choses se passent en droit civil pur; mais en droit commercial, quand il s'agit d'une femme marchande publique, c'est-à-dire qui fait, avec l'autorisation de son mari, un commerce qui lui est propre et auquel son mari ne prend aucune part, on peut se demander s'il y a lieu aux compensations qu'autorise dans les cas ordinaires le ré-

(1) L. 25, ff. *De compens.*

(2) C. civ., 1409, 1411, 1416, 1419; Duranton, n. 416 et suiv.; Toullier, n. 375 et suiv.

gime de la communauté. Il est vrai que les créances de la femme qui fait un commerce tombent incontestablement dans la communauté, et que le mari est tenu des dettes que sa femme a contractées dans son commerce (1) : il semblerait donc naturel d'en conclure que les premières doivent se compenser avec ce que le mari doit aux créanciers de sa femme, et les secondes avec ce qui lui est dû par les débiteurs de celle-ci. Toutefois, je pense que cette compensation ne peut pas avoir lieu tant que la femme fait le commerce et tant que ses créances comme ses dettes sont engagées dans les affaires qu'elle a entreprises. Il est de toute évidence que le commerce de la femme ne pourrait se faire, ni avec succès ni avec sécurité, si, au moment où elle s'attend à recevoir ce qui lui est dû, ses débiteurs pouvaient lui opposer en compensation ce qui leur est dû par son mari ; et que personne ne voudrait contracter avec elle, si elle pouvait payer ses créanciers en leur opposant en compensation ce qu'ils doivent à son mari. Cette considération de fait et d'équité, qui a son importance, mais qui à elle seule ne suffirait peut-être pas pour écarter la compensation, se trouve soutenue par une raison de droit qui me paraît décisive : c'est que le commerce d'une femme marchande publique est distinct et séparé des affaires de son mari, tellement qu'une femme n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari (2). Il résulte de là que, si l'intérêt d'une femme marchande publique et l'intérêt de son mari sont en quelque sorte connexes, c'est en vue d'une liquidation définitive, et non relativement à un courant d'affaires dans lequel le mari ne peut pas s'immiscer d'une manière active sans faire perdre à sa femme sa qualité de marchande publique. On comprend très-bien que, si le mari agissait en son propre nom et comme chef de la communauté contre les débiteurs de sa femme marchande publique, ceux-ci pussent repousser l'action du mari qui se constituerait propriétaire des créances de sa femme, en lui opposant la com-

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1130.
(2) *Ibid.*, t. II, n. 1133.

pensation de ce qu'il leur doit personnellement. On comprend également que, si les créanciers de la femme agissaient contre le mari personnellement, pour le contraindre à payer les dettes que celle-ci a contractées dans son commerce, et dont le mari n'est tenu que comme chef de la communauté et comme caution de sa femme, celui-ci pût opposer aux créanciers la compensation de ce qu'ils lui doivent personnellement; mais on ne comprendrait pas que la femme marchande qui, relativement à ses dettes est vis-à-vis de son mari dans la même position qu'un débiteur principal, pût opposer à son créancier la compensation de ce que celui-ci doit à la caution (1), ni que les débiteurs de la femme, actionnés par elle, pussent lui opposer la compensation de ce que leur doit le mari.

2285. Ce qui a été dit plus haut des administrateurs en général, s'applique au mandataire en particulier. Il ne peut compenser ce qu'il doit à un tiers avec ce que le tiers doit au mandant; et réciproquement, le tiers ne peut compenser ce qu'il doit au mandataire avec ce qui lui est dû par le mandant.

C'est ainsi qu'il a été jugé que celui qui a reçu, par l'intermédiaire d'un tiers, un billet pour en opérer le recouvrement dans l'intérêt du propriétaire, ne peut compenser la somme recouvrée avec ce que lui doit le tiers qui lui a transmis l'effet, surtout lorsque le billet a été passé directement à son ordre par le propriétaire. Il a été réellement le mandataire du propriétaire, et non celui du tiers intermédiaire (2).

Il a été encore jugé dans le même sens que celui qui, par l'intermédiaire d'un mandataire, a reçu des traites passées à l'ordre de ce mandataire pour les négocier, ne peut compenser la valeur de ces traites avec ce que pourrait lui devoir le mandataire, alors qu'il a dû savoir qu'il ne traitait pas avec ce mandataire en son nom personnel et considéré comme propriétaire des traites, mais, au contraire, considéré comme intermédiaire (3).

(1) C. civ., 1294. Voy. *inf.*, n. 2323.
(2) Cass., 27 déc. 1819, S., 6, 1, 156.
(3) *Ibid.*, 10 janvier 1825, S., 8, 1, 8.

Par la même raison, le mandataire chargé par deux associés de payer les créanciers de la société avec des sommes qui lui sont confiées, ne peut faire entrer dans le compte à rendre aux deux associés des compensations de son chef, à raison des prêts antérieurs qu'il aurait faits à l'un des deux mandants, parce que, s'il est le créancier de l'un, il n'est pas le créancier de l'autre (1).

Il y a plus : le mandataire substitué qui savait qu'il agissait non pour le compte du mandataire substituant, mais pour le compte du mandant, ne peut, pas plus que le substituant lui-même, compenser les sommes qu'il a reçues par suite du mandat, et qu'il doit au mandant, avec ce qui lui est dû par le mandataire substituant (2). Mais il en serait autrement si le mandataire substitué avait, dans l'ignorance du mandat principal, cru agir pour le compte du substituant (3).

2286. Mais c'est là le droit commun, *jus commune ;* et le droit commercial suit d'autres règles relativement aux commissionnaires qui agissent en leur propre nom pour le compte d'un commettant. Ce qui est dû par un commissionnaire à un tiers se compense avec ce que ce tiers lui doit pour le compte du commettant, et réciproquement, ce que le commissionnaire doit à un tiers pour le compte du commettant, se compense avec ce qui lui est dû personnellement par ce tiers. Ce n'est pas là, à vrai dire, une dérogation aux règles du droit commun; c'est plutôt une judicieuse application de ces règles. A la différence du mandataire ordinaire qui agit toujours au nom du mandant, le commissionnaire qui agit en son propre nom (4), soit qu'il vende, soit qu'il achète pour le compte d'un commettant, se constitue toujours le créancier ou le débiteur direct du tiers avec lequel il contracte en son nom personnel, de telle sorte qu'en définitive la compensation qui s'opère est toujours la compensation d'une dette qui lui est propre, *proprii debiti.*

(1) Cass., 19 déc. 1853, S., 54, 1, 701.
(2) *Ibid.*, 20 avril 1859, S., 59, 1, 298.
(3) Lyon, 7 déc. 1869, S., 60, 2, 206.
(4) Cod., comm., art. 94.

Le droit commercial a toujours admis cette compensation, qui est la conséquence nécessaire de la manière d'agir des commissionnaires et du secret qui doit entourer leurs opérations, puisqu'ils ne pourraient empêcher la compensation qu'en n'agissant pas en leur propre nom, ou, ce qui revient au même, en faisant connaître ceux pour le compte de qui ils agissent. *Quamvis de jure communi*, dit Casaregis, *fieri non permittatur cum credito alieno proprii debiti compensatio, attamen ita, publicâ commercii utilitate ac necessitate simul suadente, de æquitate servari debet stylus ab eis universaliter introductus compensandi cum proprio debito creditum seu pretium alienum; exempli gratiâ, si Petrus mercator esset Francisci debitor, eique vendidisset merces alienas penès se existentes, potest Petrus suum creditum proprium cum pretio mercium ad alios spectante compensare, et sic mediante dictâ compensatione proprium debitum cum Francisco extinguere* (1). Casaregis donne une mauvaise raison de cette compensation, en la fondant sur l'intérêt du commerce, sur l'usage et la coutume des commerçants qui, selon lui, dérogent ici aux règles du droit commun, *super universali stylo et consuetudine mercatorum, quia frequentissimè vidi hujusmodi compensationes inter mercatores fieri* (2). C'est la nécessité, ce sont les besoins du commerce qui ont introduit la manière d'agir des commissionnaires et qui ont fait de ces agents des mandataires d'une espèce toute particulière. Mais, cette donnée une fois admise, les engagements que le commissionnaire contracte en son propre nom pour le compte d'un commettant sont, à l'égard des tiers, des engagements personnels au commissionnaire, *proprium debitum*, qui se trouvent dès lors soumis à toutes les règles de la compensation (3).

2287. Aussi n'y a-t-il lieu à la compensation de ce qui est dû au commissionnaire ou de ce qu'il doit pour le compte du mandant, avec ses dettes ou ses créances personnelles, que dans le cas où le commissionnaire s'est renfermé dans les

(1) Casaregis, *Disc.* 135, n. 1 et suiv.
(2) *Disc.* 76, n. 15.
(3) Cass., 18 janv. 1854, S., 54, 1, 241.

limites de la commission et n'a pas fait connaître le nom de son commettant : *Id tamen procedit de plano, quando mercator in venditione alienarum mercium non expressit nomen dominorum ad quos merces spectabant* (1). Si, au lieu d'agir en son propre nom, il n'a agi que comme un mandataire ordinaire, il n'y a plus de compensation possible entre ce qu'il doit ou ce qui lui est dû, et des créances ou des dettes qui sont restées personnelles au mandant. *Nunquàm*, dit encore Casaregis, *licitum est corresponsalibus* (*qui in mercibus à mercatoribus ad eos transmissis, ad effectum illas vendendi ad proprium eorum computum, non aliam figuram induunt quam illam mandatarii, sive administratoris, sive potiùs procuratoris*), *nunquàm, inquam, licitum est in præjudicium suorum principalium compensare pretium mercium venditarum cum propriis illorum debitis* (2).

2288. Du reste, la compensation qui s'opère entre ce que doit le commissionnaire et ce qui lui est dû par son commettant, et réciproquement, étant conforme aux principes du droit commun, puisqu'en définitive cette compensation a lieu entre parties auxquelles les dettes réciproquement éteintes sont réputées personnelles, il faut en conclure que cette compensation s'opère de plein droit. Il ne peut y avoir aucun doute à cet égard en ce qui touche les droits réciproques du commissionnaire et du tiers avec lequel il a compensé. Mais il y a quelque difficulté en ce qui touche les droits du commettant et sur le point de savoir, d'une part, quand et comment la compensation qui s'est opérée entre ce qui est dû au commissionnaire pour le compte du commettant et ce qu'il doit personnellement, peut être opposée au commettant ; et, d'autre part, quand et comment le commettant, pour le compte duquel le commissionnaire a contracté en son propre nom une dette qui s'est compensée avec ce qui était dû au commissionnaire par le tiers avec lequel il a contracté, peut se prévaloir de cette compensation.

2289. La première question ne peut guère se présenter que dans le cas de faillite du commissionnaire. Si, en effet, le

(1) Casaregis, *Disc.* 135, n. 3.
(2) *Disc.* 75, n. 28.

commissionnaire est en état de faire honneur à ses engagements, peu importe quand et comment la compensation s'est opérée entre lui et le tiers avec lequel il a traité pour le compte du commettant ; si, par exemple, il a vendu les marchandises que le commettant lui avait consignées pour les vendre, il tient compte du prix au commettant, sans que celui-ci ait à s'occuper de ce qui s'est passé entre l'acheteur et le commissionnaire.

Mais si le commissionnaire se trouve en état de faillite, la question change de face et présente un tout autre intérêt, à raison du droit de revendication qui appartient au commettant sur les marchandises qu'il a consignées au failli pour être vendues, ou sur le prix représentatif de ces marchandises, tant que ce prix est encore dans les mains du tiers débiteur (1). On comprend en effet que si, avant la faillite, ce prix a été payé au commissionnaire ou a servi à payer par voie de compensation ce qu'il devait de son propre chef, il s'est confondu avec la masse de son actif, et qu'il ne peut plus être revendiqué. Il y a dès lors un intérêt réel à connaître le moment précis où s'est opérée la compensation ; en d'autres termes, à savoir si, dans ce cas particulier, elle s'opère de plein droit, ou si, au contraire et par exception, elle ne s'accomplit à l'égard du commettant qu'autant qu'il y a eu, de la part du commissionnaire et du tiers, un fait qui manifeste la volonté d'éteindre par ce moyen leurs dettes réciproques.

Casaregis décide que dans ce cas la compensation s'opère de plein droit, de même que dans les cas ordinaires, sans qu'il soit nécessaire que les parties aient manifesté la volonté de compenser : *Iisdem principiis quibus resoluta fuit prior quæstio, præsens quoque mihi videtur in favorem compensationis. Etenim quemadmodùm in casibus specialibus, vel privilegiatis, in quibus ipso jure absque facto vel hominis ministerio lex inducere potest compensationem, nihil aliquid requiritur, ut*

(1) Cod. comm., art. 575... *Ei compelit actio vindicatoria ; et ista actio, in casu quod dictæ capsæ non ampliùs existerent, dirigitur contra earumdem pretium, eo statim ipso jure subintrante in earum locum et vices.* Casaregis *Disc.* 75, n. 17.

talis operatio legis cum effectu sequatur, nisi quod in potentiâ hinc indè debitum et creditum sit compensabile, neque actu repugnet voluntas in contrarium illius cujus in favorem lex operari debet compensationem : ita in casu nostræ quæstionis superiùs positæ, lex eumdem prorsùs effectum compensationis producere debet, dum ibi similiter creditum et debitum Petri in potentiâ est compensabile; non quia id quod debet Petrus Francisco pro pretio mercium ad alios spectantium de jure sit compensabile, sed quia compensabile in vim consuetudinis universalis mercatorum effectum fuit (1).

La décision de Casaregis est juste ; toutefois il en donne une mauvaise raison quand il dit que cette compensation n'a pas lieu par la seule force du droit, *de jure,* mais en vertu de la coutume universelle du commerce, à laquelle il attribue force de loi, *in vim consuetudinis universalis mercatorum*, et en vertu de la volonté présumée des parties. Il tombe ici dans une erreur que j'ai déjà signalée tout à l'heure (2). Aussi MM. Delamarre et Lepoitvin, qui pensent, contrairement à Casaregis, que dans le cas de faillite du commissionnaire, la compensation n'a lieu, relativement au commettant, que lorsqu'il est intervenu entre le commissionnaire et le tiers un acte qui suppose la volonté de compenser, en profitent pour prendre leurs avantages contre Casaregis et lui reprocher une pétition de principe et une contradiction manifestes (3). Si, en effet, la compensation n'a pas lieu dans l'espèce prévue par la seule force du droit, *ipso jure,* comment aurait-elle lieu par suite d'une présomption de volonté qui est précisément la base juridique de la compensation de plein droit ? Ce qu'il faut dire, c'est que le commissionnaire et le tiers avec lequel il traite en son propre nom pour le compte du commettant, étant respectivement débiteurs l'un de l'autre, puisque la personne du commettant s'efface dans les agissements du commissionnaire, il y a dette réciproque, *hinc indè debitum compensabile*, et qu'il s'opère, dès lors, une compensation nécessaire et de

(1) *Disc.* 135, n. 36 et suiv.
(2) Voy. *sup.*, n. 2286.
(3) *Du contrat de commission*, t. II, n. 277.

plein droit à laquelle l'événement ultérieur de la faillite du commissionnaire ne saurait porter aucune atteinte.

Selon les auteurs du *Traité du contrat de commission*, pour mettre obstacle à l'action du commettant qui exerce contre le tiers les droits du commissionnaire, il faut que la compensation ait déjà été opérée entre ceux-ci par l'effet d'une convention expresse ou tacite, et, de plus, en temps opportun, c'est-à-dire avant la faillite ou la déconfiture du commissionnaire. Cette compensation, disent-ils, n'est pas celle qui, d'après l'article 1290 du Code civil, s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu du débiteur. C'est une compensation *sui generis*, une compensation facultative, qui ne s'opère pas *inter dormientes*. Elle ne s'accomplit que par la volonté mutuelle de ceux qui s'entre-doivent, ou par un fait impliquant cette volonté, ou par la volonté du juge qui en tient lieu. Si le commissionnaire a failli sans qu'auparavant la compensation ait été faite de l'une de ces trois manières, l'acheteur ne peut en exciper contre le commettant, sous prétexte qu'elle se serait opérée de plein droit, par la seule force de la loi (1). Et, pour étayer ce système si arbitrairement construit, MM. Delamarre et Lepoitvin invoquent le deuxième alinéa de l'article 575 du Code de commerce, qui permet au commettant, en cas de faillite du commissionnaire, de revendiquer le prix ou la partie du prix des marchandises consignées au failli pour être vendues, qui n'aura été ni payé, ni réglé en valeur, *ni compensé en compte courant* entre le failli et l'acheteur. D'où ils concluent qu'entre l'acheteur et le commissionnaire failli, la loi ne reconnaît d'autre compensation que celle qui s'est opérée en compte courant ; qu'il n'y a point entre eux de compensation de plein droit par la seule force de la loi, et que le fait de l'homme est nécessaire. Mais aussitôt ils détruisent toute la force de l'argument qu'ils prétendaient tirer de l'article 575, en ajoutant que cet article ne peut pas être entendu dans un sens limitatif à la seule compensation par compte courant : qu'il est impossible de pri-

(1) *Contrat de commission*, t. II, n. 275.

ver d'effet celle qui serait convenue par le marché même, ou prononcée en justice avant la faillite du commissionnaire ; et que ce qui importe, c'est que la compensation ait été faite de bonne foi dans un temps où les compensants jouissaient de leur nom et de leur crédit commercial (1).

Il me semble que ces auteurs font là un long circuit pour revenir, en définitive, à la compensation de plein droit ou à quelque chose d'équivalent, puisqu'ils finissent par dire que ce qui importe, c'est que la compensation soit faite de bonne foi et dans un temps opportun, et qu'ils reconnaissent que l'article 575 n'est pas limitatif. Or la compensation qui s'opère de plein droit entre deux dettes réciproques, dont l'échéance est antérieure au temps de la faillite, n'est-elle pas de bonne foi et ne s'opère-t-elle pas en temps opportun? Tout ce qui importe ici, c'est que les deux dettes aient une date qui leur ait permis de concourir et de s'éteindre réciproquement. L'acheteur ne peut donc invoquer la compensation qu'en prouvant qu'à une époque antérieure à la faillite, il s'est trouvé créancier du commissionnaire chargé de vendre, en même temps qu'il devait à ce commissionnaire le prix des marchandises vendues. Et comme les créances des commerçants les uns envers les autres sont ordinairement l'occasion d'un compte ouvert par le créancier à son débiteur, et que ce compte prouve par lui-même l'existence et la date de la créance, l'article 575, pour faire comprendre la nécessité de cette preuve, a indiqué le moyen par lequel elle pouvait être le plus ordinairement faite, sans exclure les autres moyens admis en matière commerciale. L'article 575 n'a donc pas pour objet de substituer à la compensation de plein droit une compensation conventionnelle dont rien n'indique la nécessité, et qui serait une nouveauté, aussi bien dans le droit commercial que dans le droit civil : il ne veut qu'une chose, c'est que la compensation se soit réellement opérée, c'est-à-dire qu'il y ait preuve du concours réciproque des deux dettes, *dato hinc indè debiti et crediti concursu*, à une époque où les parties

(2) *Contrat de commission*, t. II, n. 277.

jouissaient encore de la plénitude de leurs droits et où la faillite du commissionnaire n'avait pas fait obstacle à la compensation légale.

Concluons de là que la compensation légale, opérée avant la faillite du commissionnaire, est opposable au commettant (1).

2290. Reste à savoir maintenant quand et comment le commettant, pour le compte duquel le commissionnaire a contracté en son propre nom une dette qui s'est compensée avec ce qui était dû au commissionnaire par le tiers avec lequel il a contracté, peut se prévaloir de cette compensation. Cette question présente moins de difficulté.

Supposons un commettant qui a chargé un commissionnaire de lui acheter des marchandises; le commissionnaire qui les achète en son propre nom, et qui se constitue ainsi débiteur personnel du prix, peut composer ce prix avec ce qui lui est dû par le vendeur. Cette compensation opérée, le commettant ne doit plus rien au vendeur, qui est payé par voie de compensation ; mais il reste débiteur envers le commissionnaire qui, en compensant avec le tiers, a en définitive payé pour le compte du commettant : d'où il suit que le commettant qui peut opposer au vendeur la compensation au moyen de laquelle il a été payé, ne peut l'opposer au commissionnaire qui est devenu créancier du commettant, en même temps qu'il a cessé d'être créancier du vendeur.

2291. On voit donc par ce qui précède que même dans les cas où la compensation paraît s'opérer entre des dettes qui ne sont pas personnelles aux parties, cependant elle ne s'opère que parce que ces dettes leur sont réputées personnelles : ce qui, en définitive, confirme la règle qu'un tiers ne peut, pour éteindre ma dette, faire valoir la créance qu'il a sur mon créancier, sauf à ce tiers à me céder ses droits contre mon créancier, et, en me constituant ainsi personnellement créancier, à me mettre en mesure d'exercer moi-même la compensation : *nisi interveniat jurium cessio facta per creditorem in eum qui vult compensare : tali enim casu, cùm per dic-*

(1) Cass., 18 janv. 1854, S., 54, 1, 241.

tam cessionnem cessionnarius acquirat actiones saltem utiles, et per consequens sit verè creditor, tunc demùm poterit locus esse compensationi (1).

2292. Cette cession de droits, à l'aide de laquelle la compensation s'opère entre personnes qui originairement n'étaient pas débitrices les unes des autres, a donné naissance à l'un des procédés les plus usuels de la pratique commerciale, et est devenue, sous le nom de *virement*, l'une des conquêtes les plus fécondes du crédit privé. Les virements qui, dès le douzième siècle, étaient pratiqués par la banque de Venise (2), qui, plus tard, servaient à solder toutes les opérations qui se faisaient dans les foires (3), reposent sur une cession de droits ou une délégation dont le mécanisme est facile à comprendre : Je vous dois mille francs, et vous devez pareille somme à un tiers qui m'en doit autant. Si je vous cède mes droits sur ce tiers, je suis libéré envers vous, et il s'opère entre vous et le tiers une compensation qui vous libère l'un et l'autre ; de même encore, si vous me devez mille francs et si je dois la même somme à un tiers, je puis, en vous chargeant de payer pour moi le tiers auquel je cède ma créance, vous libérer envers moi, et me libérer envers le tiers au moyen d'une compensation entre ce que vous me devez et ce que je lui dois (4).

Quand J.-B. Say écrivait son *Cours d'économie politique*, au commencement de ce siècle, c'était à Londres que se faisait le plus de virements de parties. « Les négociants, dit-il, n'ont presque jamais une caisse attachée à leur comptoir. Ils chargent des banquiers, qui n'ont point d'autres fonctions, de rece-

(1) De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 11, n. 17 et suiv.

(2) Blanqui, *Hist. de l'écon. polit.*, t. I, p. 287.

(3) Casaregis, *Disc.* 161, n. 19, et *Disc.* 202, n. 9 et suiv. ; De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 19, n. 23.

(4) Voici comment De Turri explique les virements qui s'opéraient dans les anciennes foires : A *bancherius creditor* B *de centum, secundùm antiquam consuetudinem, in solutionibus feriarum perquirebat quisnam esset debitor ejusdem de totidem centum ; et reperto* C, *illius debitore, ei dicebat : Illa centum quæ tu debes* B, *et ille mihi, tu solve* D, *cui ego totidem debeo. Tali casu, si fortè* C *erat creditor* D *de totidem, omnia rectè procedebant. Nam* B *liberabatur ab* A ; C *verò à* B ; *et* D *liberabatur à* C, *et demùm* A *liberabatur à* D. *De camb.*, disp. 2, quæst. 19, n. 23. — Voy. la décis. 28 de la Rote de Gênes, n. 5.

voir et de payer pour eux ; toute les affaires se règlent par des mandats (*checks*) que chacun fournit sur son banquier, auquel on remet en même temps tous les mandats que l'on reçoit. Les banquiers se rassemblent ensuite chaque jour, à une certaine heure, dans un comptoir de règlements (*clearing-house*), et compensent les mandats qu'on a sur eux par les mandats qu'ils ont sur les autres. Le nombre des banquiers de Londres, ajoute J.-B. Say, est de soixante et dix ; ils effectuent chaque jour des payements pour une somme de quatre millions à quatre millions huit cent mille livres sterling, c'est-à-dire de cent à cent vingt millions, monnaie de France ; ce qui suppose des payements pour au moins trente-sept milliards par année. On ne se sert de monnaie que pour payer les appoints, et cette monnaie se compose presque entièrement de billets de de confiance (*bank-notes*) : deux cent cinquante mille livres sterling suffisent à cette immense circulation (1). » Depuis l'époque où J.-B. Say écrivait ces lignes, l'usage des virements sur une grande échelle s'est généralisé. On fait maintenant dans les grands établissements de crédit, quelque chose de fort approchant de ce qui de son temps se faisait à Londres ; et il est permis de dire avec M. Blanqui qu'un *clearing-house* universel s'établira tôt ou tard, pour régler tous les marchés par des compensations de créances (2).

2293. Du reste, il n'est pas nécessaire que la cession par suite de laquelle la compensation s'opère entre les dettes qui originairement n'étaient pas dues par les débiteurs réciproques, soit expresse. Elle peut être tacite et résulter des circonstances qui la présupposent. Ainsi il a été jugé que le négociant, créancier d'un tiers pour le compte duquel des fonds lui ont été remis par un débiteur de ce dernier, avec destination spéciale, par exemple, pour servir de provision à des lettres de change, peut néanmoins appliquer les fonds à l'extinction de sa propre créance, au lieu de leur donner la destination qu'ils avaient reçue, et que, dans ce cas, celui qui a fourni les fonds n'est pas recevable à se plaindre de

(1) T. I, p. 485 (édit. Guillaumin).
(2) *Hist. de l'écon. polit.*, t. I, p. 382.

cet emploi, alors que le tiers auquel les fonds étaient destinés ne la critique pas et a retiré de la circulation les lettres de change (1). Le retrait des lettres de change peut en effet être considéré comme la preuve d'une cession consentie par le preneur, au profit du tiré, de ses droits contre le tireur.

2294. Il faut même remarquer sur ce point que, bien qu'en général le cessionnaire d'une créance ne soit saisi que par la notification de la cession au débiteur cédé, cependant, en matière de virements, cette notification n'est pas nécessaire, alors même, ce qui arrive quelquefois, que la créance cédée ne consiste pas en un billet à ordre ou une lettre de change dont la transmission s'opère par endossement. La raison en est que le virement suppose une convention entre le cessionnaire, le cédant et le débiteur cédé, et qu'il y a dès lors, de la part de ce dernier, une acceptation de la cession qui dispense d'une notification particulière.

2295. Remarquons de plus que les virements n'étant autre chose qu'une cession d'action ou une délégation, ne peuvent avoir lieu après la faillite du cédant, puisque ce serait faire une aliénation, ce qui lui est défendu, pour arriver à une compensation, ce qui lui est pareillement interdit (2). *Decoctus vel decoctioni proximus*, dit Casaregis, *non valet partitas scriptas immutare, seu, ut vulgò dicitur, stornare* (3). La cour de Rouen a même jugé qu'une délégation faite dans le but d'arriver à une compensation, constituant avant tout une aliénation de la créance déléguée, ne pouvait être assimilée à un payement en espèces (4), ni par conséquent être faite dans les dix jours qui précèdent la faillite, bien que dans ce délai le failli puisse valablement payer en espèces les dettes échues (5).

2296. Nous venons de voir comment la cession des droits du créancier d'un tiers, au profit de celui qui était déjà débiteur de ce tiers, permet à la compensation de s'opérer

(1) Cass., 28 mars 1811, S., 3, 1, 313.
(2) Voy. *inf.*, n. 2306.
(3) *Disc.* 135, n. 5.
(4) C. comm., 446.
(5) Rouen, 5 janv. 1841, S., 41 2 165.

entre la créance cédée et la dette du cessionnaire, au moyen du concours que la cession établit entre ce qui est dû par le débiteur cédé et ce qui est dû par le cessionnaire, qui deviennent réciproquement débiteurs l'un et l'autre.

Mais en même temps que la cession rend la compensation possible entre le débiteur cédé et le cessionnaire, elle empêche ,par contre, qu'elle ne puisse ultérieurement s'opérer entre le débiteur cédé et le cédant, puisque, par l'effet de la cession, le cédant cesse d'être créancier du débiteur cédé, et que si le cédant est ou devient à son tour débiteur du débiteur cédé, il n'y a plus entre eux de dettes réciproques. La cession que le cédant a fait de ses droits équivaut à une renonciation à la compensation.

2297. Réciproquement le débiteur cédé, qui, par l'effet de la cession, n'est plus débiteur du cédant, ne peut opposer au cessionnaire la compensation de ce que lui devait le cédant : il ne peut opposer au cessionnaire que la compensation de ce que lui doit le cessionnaire.

2298. Toutefois, il faut distinguer sur ce point entre le cas où la cession a été seulement notifiée au débiteur cédé, du cas où le débiteur cédé a, de plus, purement et simplement accepté la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers. Dans le premier cas, le cessionnaire n'étant saisi que par la notification faite au débiteur, il en résulte que la cession n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification, et que le débiteur reste maître d'opposer la compensation qui s'est opéré antérieurement à la notification (1). *Debitor cessus*, dit Casaregis, *non potest regulariter compensare credita quæ ei supervenerunt post cessionem illius debiti à suo creditore in alterum factam, præsertim quandò concurrit intimatio cessionis facta à cessionario debitori cesso* (2).

2299. Dans le second cas, au contraire, l'acceptation pure et simple que le débiteur cédé fait de la cession, équivaut à une renonciation de sa part à la compensation acquise, et il ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation

(1) C. civ., 695.
(2) *Disc.* 155, n. 35 et 36.

qu'il eût pu, avant son acceptation, opposer au cédant (1). C'était l'opinion de presque tous les anciens auteurs : *Debitor cessus se denuò obligante ad solvendum cessionario debitum cessum, non potest ampliùs contra cessionarium opponere compensationem crediti quod habebat cum cedente, ob tacitam renuntiationem resultantem à novâ obligationis sumptione* (2). Toutefois, Casaregis la combat. Selon lui, le débiteur cédé n'est privé de la faculté d'opposer au cessionnaire la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant avant son acceptation, que dans le cas d'une délégation qui opère novation, et, par suite, extinction de la créance du cessionnaire contre le cédant (3) ; parce que, dans cette hypothèse, la compensation qui serait opposée au cessionnaire le laisserait sans recours possible contre qui que ce soit. Au contraire, quand il s'agit d'une cession simple, qui n'emporte pas novation, Casaregis décide que le débiteur cédé peut, nonobstant son acceptation, opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant qu'il représente, parce que, dans cette hypothèse, le cessionnaire conserve son recours contre le cédant (4). Mais c'est par erreur que Casaregis voit la raison de décider, dans une novation qui éteindrait les droits du cessionnaire contre le cédant. La raison s'en trouve dans la renonciation que suppose l'acceptation pure et simple de la cession, à la compensation qui

(1) C. civ., 1295.

(2) Olea, *De cess.*, tit. VI, quæst. 11, n. 22 ; et autres cités par Casaregis.

(3) Voy. *sup.*, n. 2218.

(4) *Verùm pro responsione dicebam hæc solùm habere locum quandò in actu cessionis intervenit ipse debitor cessus, et de mandato sui creditoris promisit cessionario se soluturum debitum cessum, quod propriè non est cessio, sed delegatio ; secùs autem quandò creditor simpliciter cedit debitum, posteà verò separatim debitor cessus, aut solvat, aut promittat solvere, quia tunc potest cessionario compensationis exceptio opponi, quæ poterat cedenti, quia delegatarius, qui accipiendo in locum delegantis debitorem, delegatum, et per consequens novando primam obligationem in secundam transfusit, primam liberando, si hâc repelleretur exceptione compensationis, actione remaneret destitutus ; simplex verò cessionarius, si prædictâ compensationis exceptione excludatur, regressum habet contra cedentem, aliâ quoque accedente ratione, nempè quod delegatarius novatâ obligatione non repræsentat delegantem ; secùs simplex cessionarius. Disc.* 31, n, 31. Voy. aussi n. 25 et suiv.

s'était déjà opérée vis-à-vis du cédant, *ob tacitam renontiationem resultantem à novâ obligationis sumptione.* La novation qui se serait opérée entre le cédant et le cessionnaire ne peut être ici d'aucune considération, parce qu'elle n'ajoute rien à la renonciation qui seule peut priver le débiteur cédé d'un droit qui lui était acquis.

2300. Comme on le voit, il faut donc, pour que le débiteur cédé cesse de pouvoir, soit pour le passé, soit pour l'avenir, se prévaloir contre le cessionnaire de la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant, que l'acte de cession lui ait été notifié ou qu'il ait accepté la cession. C'est en effet la notification du transport ou son acceptation qui saisit le cessionnaire de la créance cédée (1). Mais cette règle n'est applicable qu'au transport des créances commerciales ou civiles, peu importe, qui ont lieu dans la forme civile, c'est-à-dire par un acte spécial et distinct susceptible de notification. Il en est autrement du transport commercial par voie d'endossement des obligations à ordre.

C'est là un point incontestable, quand il s'agit d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Celui qui en est porteur au moment de l'échéance, en vertu d'un endossement régulier, n'est passible d'aucune des exceptions de compensation que le débiteur aurait pu opposer aux porteurs antérieurs (2), par ce motif que le débiteur d'une obligation à ordre s'est engagé à payer à celui qui, à l'échéance, serait porteur de l'effet, et par suite a renoncé d'avance à lui opposer les exceptions dont seraient passibles les porteurs intermédiaires; il ne peut opposer au porteur que la compensation qui procède de son chef.

2301. Je pense même qu'il en serait ainsi dans le cas où il s'agirait de l'endossement d'une obligation notariée à ordre, et que l'endossement de cette obligation produirait les mêmes résultats que celui d'un effet de commerce ordinaire

(1) C. civ., 1691.
(2) Pothier, *Du contrat de change*, n. 186; Arrêt du 3 sept. 1700, *Journal des audiences*, t. V, p. 862.

sans qu'il fût nécessaire de recourir à une notification préalable. Toutefois, la question est controversée dans la jurisprudence.

Tenons d'abord pour constant qu'une lettre de change ou un billet à ordre peuvent être rédigés dans une forme authentique et passés pardevant notaire. L'authenticité d'un acte ne peut jamais être un vice, c'est, au contraire, une garantie de plus. Cette forme est sans doute assez insolite, mais n'est pas sans exemple : les décisions rendues en sens divers sur les effets de l'endossement d'un pareil acte en sont la preuve (1).

Cela posé, il faut bien admettre que, lorsqu'une obligation notariée est stipulée payable à ordre, cette stipulation a un sens quelconque; et le seul qu'elle puisse avoir, c'est d'exprimer que l'obligation pourra être valablement transmise par voie d'endossement, et que cet endossement produira les mêmes effets que l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ordinaires. Car, si cette stipulation ne produisait pas cet effet, c'est qu'elle serait réputée non écrite, ce qui serait tourner dans un cercle vicieux, puisque cela reviendrait à dire qu'on ne peut faire une lettre de change ou un billet à ordre par acte notarié. Les arrêts qui jugent que l'endossement d'une obligation notariée à ordre ne produit pas les mêmes effets que l'endossement d'un effet de commerce ordinaire, manquent donc de logique (2); et je me range sans hésiter du côté de ceux qui ont adopté l'opinion contraire et qui attachent les mêmes effets à l'endossement d'une obligation à ordre, soit que cette obligation ait lieu par acte sous seing privé et dans la forme ordinaire des effets de commerce, soit qu'elle ait lieu par acte notarié (3).

(1) Voy. M. Merlin, *Répert.*, v° *Lettre de change*, § 2, n. 7; Pardessus, *Du contrat de change*, n. 68, et *Cours de droit comm.*, n. 330; M. Duvergier, *De la vente*, t. II, n. 212; M. Troplong, *De la vente*, t. II, n. 906.

(2) Voy. Lyon, 22 mars 1830, S., 31, 2, 238; Grenoble, 7 fév. 1835, S., 35, 2, 340, D., 35, 2, 65.

(3) Lyon, 4 juin 1830, S., 33, 1, 817; D., 33, 1, 253; Grenoble, 17 nov. 1836, S., 37, 2, 282.

2302. L'endossement, au surplus, ne produit les effets d'une cession, et n'empêche le débiteur d'opposer au porteur aucune exception de compensation du chef des porteurs antérieurs, que dans le cas où il est régulier et conforme à l'article 137 du Code de commerce. Quand, au contraire, il est irrégulier, c'est-à-dire, quand il n'est pas daté, quand il ne contient pas une énonciation suffisante de la valeur fournie, ou bien encore quand il ne consiste qu'en une simple signature mise au dos de l'effet, alors, comme il n'opère pas transport et n'est qu'une procuration donnée au porteur de l'effet, le débiteur peut opposer au porteur toutes les compensations qu'il pourrait opposer aux mandants (1).

Néanmoins, lorsque celui à qui un effet de commerce a été transmis par la voie d'un simple endossement en blanc ou irrégulier, et qui l'a ensuite régulièrement négocié lui-même, en a remboursé la valeur au porteur, faute de payement à l'échéance de la part du souscripteur, il devient par suite de ce remboursement propriétaire de l'effet qui entre dans ses mains à un nouveau titre, et il peut dès lors, comme subrogé aux droits du porteur, en poursuivre le payement contre le tireur ou l'accepteur, sans que celui-ci puisse être reçu à lui opposer les exceptions de compensation ou autres qu'il pourrait faire valoir contre le tireur ou le bénéficiaire (2).

Il est à remarquer d'ailleurs que dans tous les cas où l'endossement est régulier et, conséquemment, translatif de propriété, le débiteur ne peut en rechercher les causes pour prétendre que cet endossement cache une simple procuration, et que l'endosseur auquel il aurait une compensation à opposer, est resté propriétaire de la lettre de change ou du billet à ordre. L'intérêt du commerce veut que l'endossement fasse pleine foi de ce qu'il exprime. C'est ce qui a été jugé par la cour de Paris, le 12 mai 1806 (3), dans une espèce où le dé-

(1) Cass., 10 sept. 1812, S., 4, 1, 189; Liége, 13 déc. 1810; *ibid.*, 3, 2, 370; Cass., 16 déc. 1851; *ibid.*, 52, 1, 197.

(2) Cass., 20 déc. 1843, S., 43, 1, 401; et 12 nov. 1845; *ibid.*, 46, 1, 71; Caen, 15 fév. 1848, et Agen, 31 janv. 1851; *ibid.*, 53, 2, 218.

(3) S., 2, 2, 144. — Voy. *sup.*, t. III, n. 1562 et suiv.

biteur prétendait que le porteur d'un effet de commerce en vertu d'un endossement régulier, ne le détenait qu'à titre de nantissement. Mais si le porteur, interpellé sur le point de savoir s'il détient l'effet à titre de propriété ou de nantissement, confessait le nantissement, alors, dans ce cas, comme dans celui d'un endossement irrégulier, le débiteur serait fondé à opposer au porteur l'exception de compensation personnelle à l'endosseur qui n'aurait pas cessé d'être son créancier.

2303. L'endossement produit-il les mêmes effets, quand il a eu lieu postérieurement à l'échéance de l'effet?

Il est d'abord certain qu'une lettre de change ou un billet à ordre ne cessent pas, par le fait seul de leur échéance, d'être négociables par voie d'endossement, puisque leur échéance ne leur fait pas perdre le caractère de lettre de change ou de billet à ordre, et que la transmission par voie d'ordre ou d'endossement est de l'essence de la lettre de change et du billet à ordre (1). Néanmoins on ne peut se dissimuler que l'échéance d'une lettre de change est un fait de nature à exercer une certaine influence sur les droits des intéressés au sort de la créance, et qu'il n'est pas possible de faire abstraction de ce fait dans l'appréciation des effets de l'endossement postérieur à l'échéance. Or quelle influence ce fait exercera-t-il sur l'exception de compensation qui serait opposée à celui qui est porteur d'un effet négociable en vertu d'un endossement postérieur à l'échéance ?

Il est certain d'abord que s'il s'agit d'une compensation qui s'est opérée du chef d'un endosseur antérieur à l'échéance, cette compensation ne peut être opposée à celui qu'un endossement postérieur à l'échéance a rendu propriétaire de l'obligation. Cette exception ne peut être opposée à celui qui

(1) Voy. Cass., 26 janv. 1833, S., 33, 1, 100; Lyon, 30 avril 1845, S., 46, 2, 190; Douai, 12 mars 1846, S., 47, 2, 1; Cass., 22 mars 1853, S., 53, 1, 469; ma dissertation insérée dans la *Revue de législ.*, t. XXX, p. 168; M. Persil, *De la lettre de change*, n. 190. — En sens contraire, voy. Paris, 4 janv. 1817, S., 5, 2, 219; Rennes, 15 juin 1844, S., 44, 2, 433. — Voy. aussi MM. Pardessus, n. 331 et 332; Nouguier, t. 1, p. 292; Horson, *Quest.*, t. II, n. 87 et suiv.

était porteur à l'échéance ; elle ne peut donc être opposée à celui à qui il a transmis ses droits par voie d'endossement, parce que le cessionnaire représente le cédant, et ne peut être passible des exceptions qui, ne procédant pas de son chef propre, n'auraient pu être opposées à celui-ci (1).

Mais la compensation qui se serait opérée ou le payement qui aurait été fait depuis l'échéance peuvent-ils être opposés à celui qui, devenu porteur par un endossement postérieur à l'échéance, succède à un cédant auquel ces exceptions auraient été opposables ? Là est la difficulté, qui selon moi doit être résolue dans un sens favorable à la libération du souscripteur : voici mes raisons.

Une lettre de change, un billet à ordre sont créés en vue de l'échéance; le souscripteur, l'accepteur, savent qu'à l'échéance ils devront payer à celui qui sera porteur, envers lequel ils s'engagent d'avance, et qui sera saisi par un endossement régulier. Ils savent que la compensation n'ayant lieu qu'entre dettes pareillement échues, ils ne peuvent opposer au porteur à l'échéance une compensation qu'ils auraient pu opposer à un porteur antérieur, mais qui n'a pu s'accomplir vis-à-vis de ce porteur à une époque où la lettre de change n'était pas échue ; ils savent qu'ils ne peuvent payer une lettre de change avant son échéance, sans être responsables de la validité du payement ; ils savent en un mot que la somme indiquée sur la lettre de change ou le billet à ordre doit être par eux tenue en réserve, pour celui qui en sera porteur le jour de l'échéance ; mais ils savent aussi que le payement fait à l'échéance est libératoire, et que si jusqu'à l'échéance leur devoir est de conserver intact ce qu'ils doivent à un porteur qui leur est encore inconnu, leur devoir et leur droit sont de se libérer aussitôt que l'échéance est arrivée.

Si donc le souscripteur d'un effet de commerce est tenu de le payer à celui qui en est porteur en vertu d'un endossement postérieur à l'échéance, c'est à la condition qu'il en sera encore débiteur, et qu'il ne se sera pas libéré depuis l'échéance, car, cette échéance lui donnant le droit de se libé-

(1) Cass., 22 mars 1853, S., 53, 1, 469.

rer, il est clair qu'en souscrivant l'obligation qui impliquait ce droit, il n'a pu prendre en même temps l'engagement contradictoire de tenir le montant de l'effet en réserve pour ceux qui en seraient porteurs en vertu d'endossements postérieurs à l'échéance.

Si la créance résultant d'un effet de commerce échu a pu faire l'objet d'un payement réel et effectif, à plus forte raison a-t-elle pu être éteinte par une compensation qui s'est opérée de plein droit, et même à l'insu des parties; et le débiteur de l'effet au profit de qui cette extinction a eu lieu, ne saurait être obligé envers un porteur à qui l'effet n'a été transmis que depuis qu'il n'y a plus ni créance, ni obligation.

Le porteur en vertu d'un endossement postérieur à l'échéance est donc passible des exceptions de libération qui auraient pu être opposées à son cédant, et il n'a de recours que contre le cédant duquel viennent les exceptions qui lui ont été opposées (1).

2304. Enfin, quand il s'agit de billets au porteur dont la propriété se transmet par la simple tradition, sans laisser de trace des transmissions successives, le débiteur ne peut opposer au porteur actuel aucune compensation du chef des porteurs intermédiaires, alors même qui les connaîtrait, parce que la tradition en vertu de laquelle le porteur détient l'obligation équivaut au transport accepté d'une obligation ordinaire et à l'endossement d'une obligation à ordre (2).

Réciproquement, et par la même raison, le possesseur d'un billet au porteur peut en compenser le montant avec ce qu'il doit au souscripteur de ce billet, sans que celui-ci puisse prétendre que le porteur n'en est pas le véritable propriétaire (3).

2305. La saisie-arrêt produit, relativement à la compensation, les mêmes effets que la cession ou le transport. Ainsi, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut plus, au

(1) Voy. cependant Cass., 28 janv. 1834, S., 34, 1, 115.
(2) Cass., 10 nov. 1829, S., 9, 2, 380.
(3) Cass., 15 janv. 1855, S., 55, 1, 257.

préjudice du saisissant, opposer la compensation (1). La saisie-arrêt conduit à une sorte de cession judiciaire de la créance saisie ; et, lors même que la validité n'en a pas encore été prononcée, le fait seul de la saisie suffit pour que le débiteur saisi ne puisse plus disposer de la créance et que le tiers saisi qui ne peut plus payer son créancier n'ait plus le droit de se prévaloir d'une compensation qui équivaudrait à un payement.

2306. Cette dernière solution est l'application de ce principe, posé par l'article 1298 du Code civil, que la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis aux tiers. On trouve, en matière de faillite, un exemple fort remarquable de l'application de la même règle.

Le failli est dessaisi de l'administration de ses biens qui, par le fait du jugement déclaratif, se trouvent placés sous la main de ses créanciers. Il ne peut donc faire aucun payement, soit parce qu'il ne peut disposer d'aucune partie de son actif, soit parce que la faillite a placé les créanciers dans la même position que des créanciers saisissants, qui tous ont un droit égal et acquis aux biens de leur débiteur. De là cette conséquence que le failli ne peut faire aucun payement par voie de compensation, soit qu'il s'agisse de dettes réellement échues depuis la faillite, soit qu'il s'agisse, comme nous l'avons déjà vu, des dettes non échues, mais que la faillite a rendues exigibles. C'est là un principe consacré de tout temps par le droit commercial, énergiquement rappelé par Casaregis : *In casu debitoris decocti, in prejudicium creditorum compensatio nunquam admittitur* (2), et dont la jurisprudence moderne présente de nombreuses applications (3).

Celui qui est à la fois créancier et débiteur du failli ne peut donc se prévaloir d'aucune compensation ; et il est obligé de payer ce qu'il doit, sauf à concourir avec les autres créanciers

(1) C. civ., 1298.

(2) *Disc.* 21, n. 21. Voy. aussi *Disc.* 155, n. 37 ; *Disc.* 74, n. 23 et 24.

(3) Voy. Cass., 10 juill. 1832, S., 32, 1, 429 ; D., 32, 1, 318 ; 24 nov. 1841, S., 42, 1, 80 ; Agen, 3 janv. 1860 ; *ibid.*, 60, 2, 40 ; Cass., 9 juill. 1860 ; *ibid.*, 60, 1, 697 ; et MM. Pardessus, *Droit comm.*, n. 1825 ; et Alauzet, *Comment.*, t. IV, n. 1676 et 1682.

pour le payement de ce qui lui est dû. *Debitores decocti*, disait encore sur ce point Casaregis, *non possunt propria debita cum suis debitis compensare in præjudicium aliorum creditorum, sed solutis priùs eorum debitis, pro eorum creditis tenentur postmodùm actionem promovere in judicium concursûs ad effectum obtinendi graduationem* (1).

2307. Mais lorsque des effets de commerce transmis en compte courant ne sont pas acquittés à l'échéance par suite de la faillite du souscripteur, et que celui qui les a acceptés et endossés se trouve obligé d'en rembourser le montant aux tiers porteurs, n'a-t-il d'autre droit à exercer dans la faillite que celui de participer aux dividendes ; ou peut-il être admis à compenser la créance résultant pour lui du remboursement, avec les sommes dont il se trouve d'un autre côté débiteur envers le failli ?

C'est là une difficulté qui se rattache à une question beaucoup plus générale sur le règlement des comptes courants en matière de faillite, question sur laquelle il n'est pas hors de propos de s'arrêter un instant, à raison des principes qui la dominent et qui sont souvent ceux de la compensation.

Il s'agit de la question de savoir si des remises en effets de commerce passés en compte courant par voie d'endossement, deviennent à l'instant même un article de crédit irrévocable au profit du remettant, bien qu'ils ne soient pas payés à leur échéance ; ou si, au contraire, ils ne donnent lieu qu'à un article de crédit conditionnel et subordonné à leur encaissement, de telle sorte que, s'ils ne sont pas payés, l'article de crédit doive disparaître pour faire place à un article de débit ; et c'est alors qu'on peut se demander si celui au crédit duquel ils figuraient, et qui a été obligé de les rembourser à ceux à qui il les avait transmis à son tour, est admis à compenser ce remboursement avec la balance du compte ; et surtout, en supposant l'affirmative, si la solution de ces questions est la même quand celui qui a fait les remises est en état de faillite que lorsqu'il jouit de la plénitude de ses droits.

C'est en effet la circonstance de faillite qui vient presque

(1) *Disc.* 74, n. 23 et 24.

toujours compliquer la question; aussi, chaque fois qu'elle s'est présentée devant les tribunaux, s'agissait-il principalement de prononcer entre les prétentions opposées, d'une part, de celui à qui avaient été faites par compte courant des remises non acquittées à leur échéance, et qui voulait les retrancher du crédit du remettant; et, d'autre part, de la masse de la faillite qui avait un intérêt évident à les maintenir au crédit du failli, sauf à admettre au passif de la faillite, comme créancier ordinaire, celui à qui ces remises avaient été faites.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 27 avril 1846 (1), a jugé que l'article de crédit résultant d'une remise par voie d'endossement est définitif, qu'il n'est pas subordonné à l'encaissement, en ce sens du moins que si la faillite du remettant arrive avant l'échéance des billets, la balance du compte n'en éprouve aucune modification au préjudice du failli, et que celui à qui les billets avaient été remis et qui n'en a pas touché la valeur n'a d'autre voie de recours que celle qui est ouverte à tout porteur contre un endosseur failli.

Pour l'appréciation de ce système, il faut d'abord examiner en elle-même, et abstraction faite de la circonstance de faillite, la question de savoir quel est l'effet d'une remise faite en compte courant par voie d'endossement. Nous arriverons ensuite aux modifications que l'état de faillite peut apporter dans la discussion.

En nous reportant aux définitions du compte courant qui ont été données plus haut (2), on reconnaît qu'il est de l'essence de ce contrat que les prêts ou avances faits par l'un des contractants à l'autre constituent à la fois un article de débit pour celui qui reçoit, et de crédit pour celui qui avance, sauf règlement en fin de compte par compensation entre la masse du crédit et celle du débit. En d'autres termes, dans un compte courant, tout article de crédit est corrélatif à un article de débit, et réciproquement, puisque celui qui fait une remise de cent, est crédité de cent, et que celui qui la reçoit est

(1) S., 46, 1, 593.
(2) Voy. *sup.*, n. 2274.

débité de pareille somme, et, loin que tout soit terminé entre les parties par la passation de l'écriture qui énonce la cause du débit et du crédit réciproques, les contractants ne deviennent définitivement créanciers ou débiteurs que par l'arrêté de compte final qui en établit la balance au profit de l'un ou de l'autre. C'est là ce qui distingue les avances faites en compte courant des prêts ou avances ordinaires; les avances ordinaires constituent une opération simple, dont le résultat est connu à l'instant même et ne dépend d'aucun événement ultérieur et incertain. Celui qui prête est créancier; celui qui emprunte est débiteur, et le terme qui peut être stipulé pour le payement de la dette ne touche pas à son existence. Un *débité* au contraire n'est pas débiteur; un *crédité* n'est pas créancier, ils peuvent le devenir; mais leur position est subordonnée au résultat définitif du compte, à la compensation qui s'opère en fin de compte entre le débit et le crédit.

De là cette conséquence forcée que la réalité du débit dépend nécessairement de la réalité du crédit, puisque l'un est la contre-partie de l'autre; que là où il n'y a qu'un crédit illusoire et purement nominal, il ne peut y avoir un débit effectif, et que la compensation qui s'opère en fin de compte entre la masse du crédit et celle du débit, entre le *doit* et l'*avoir*, ou, ce qui revient au même, entre les dettes respectives, suppose que ces dettes sont également certaines (1).

Si donc les remises sont faites, non en espèces, mais, ce qui arrive le plus ordinairement, en effets de commerce que le remettant endosse au profit de celui qui les reçoit, elles ne forment un article de crédit définitif au profit de celui qui les fait, et conséquemment un article de débit également définitif au préjudice de celui qui les reçoit, que si, à l'échéance, les effets de commerce sont payés. En d'autres termes, il n'est donné crédit des remises en papier que *sauf l'encaissement*, c'est-à-dire à condition que l'effet sera payé. « Si l'effet n'est pas payé, disent MM. Delamarre et Lepoitvin,

(1) Voy. *sup.*, n. 2258 et 2260.

et que celui qui l'a reçu justifie avoir fait le nécessaire, non-seulement il annule par une contrepassation d'écritures le crédit qu'il en avait donné, mais il se crédite à son tour des frais de protêt et autres frais légitimes auxquels a donné lieu ce défaut de payement, et même du capital de l'effet, s'il l'a négocié, et que le porteur s'en soit fait rembourser par lui (1). »

C'est ce que M. Pardessus avait déjà dit en termes non moins formels: « L'entrée d'un effet dans un compte courant ne peut créer irrévocablement un article de crédit pour celui qui l'a cédé de cette manière qu'en cas de payement à l'échéance: il ne peut jusque-là être crédité que conditionnellement; car, si l'effet n'est pas payé, cet article de crédit disparaît, et même celui qui l'a reçu devient créancier des frais de protêt, diligences, poursuites et autres droits légitimes qui ont été l'effet du défaut de payement, et qui forment, au contraire, un article de crédit en sa faveur. Il arrive bien plus : quelquefois le correspondant peut avoir lui-même négocié ces effets, et lorsqu'ils sont protestés il est tenu de les rembourser..... Alors, non-seulement l'article de crédit qu'ils formaient pour l'envoyeur est annulé par une contre-partie, mais encore celui qui les avait reçus se trouve créancier du capital, compte de retour, frais de protêt et autres accessoires, et des intérêts (2). »

S'il en était autrement, il en résulterait qu'une remise en effets de commerce, non payés à l'échéance, qui ne constituerait qu'un crédit nominal, puisqu'en définitive celui qui les a transmis n'aurait rien donné, constituerait cependant un débit réel au préjudice de celui qui les a reçus, puisque cet article de débit diminuerait effectivement d'autant son crédit avec lequel il se compenserait. Or, ce serait là méconnaître le principe même du compte courant, qui est la corrélation de chaque article de débit et de crédit, corrélation qui ne doit pas seulement exister dans les chiffres, mais aussi dans les valeurs que ces chiffres représentent; à moins qu'on ne

(1) *Du contrat de commission*, n. 496.
(2) *Droit comm.*, t. II, n. 476.

veuille faire du compte courant un instrument de déception, tandis que, basé sur l'égalité la plus complète, il doit présenter l'état loyal et vrai des correspondants dont il résume les rapports.

La Cour de cassation, dans son arrêt précité, objecte qu'en droit la propriété d'un effet de commerce se transmet par la voie de l'endossement, sauf le recours du porteur si l'effet n'est pas payé; et qu'il n'en peut être autrement quand le même commerçant a négocié successivement plusieurs effets au même banquier, parce que la multiplicité des opérations semblables ne peut rien changer à l'application des règles et qu'un compte courant établi sans conventions spéciales n'est autre chose qu'une remise successive et réciproque des valeurs diverses, soumises aux règles générales chacune selon sa nature.

S'il en était ainsi, il n'y aurait plus de compte courant, mais une suite d'opérations isolées sans relations les unes avec les autres, indépendantes de celles qui les précèdent et de celles qui les suivent, tandis qu'il est, au contraire, de l'essence du compte courant que toutes les opérations dont il se compose se confondent dans une seule et même masse pour être réglées en définitive, ensemble et à la fois. Ce n'est donc pas la multiplicité des négociations semblables qui constitue le compte courant: c'est la convention de se faire des remises réciproques dont le correspondant qui les reçoit est débité, tandis que le remettant en est crédité pour arriver, en définitive, à un règlement par compensation des remises respectives.

Si donc il est vrai de dire que, en général, le porteur d'un effet de commerce non payé à l'échéance n'a d'autre moyen de se couvrir que de recourir contre son endosseur, il en est autrement quand l'effet négocié est entré dans un compte courant pour former un article de crédit au profit de l'endosseur, et un article de débit contre le porteur. Le porteur est sans doute devenu propriétaire de l'effet, car il est de règle que toutes les remises faites par compte courant deviennent la propriété du correspondant auquel elles sont faites; mais

la réalité du crédit étant restée subordonnée à la réalité de la remise, le porteur se trouve couvert par l'annulation d'un article de crédit qui, ne s'étant pas réalisé, fait disparaître l'article de débit qui en résultait à sa charge.

Les principes invoqués par la Cour de cassation sont donc vrais; mais elle en a fait dans l'arrêt précité une fausse application, et elle a confondu deux choses essentiellement distinctes: l'endossement considéré en lui-même et comme constituant une négociation complète, et l'endossement qui, lorsqu'il a pour objet de faire entrer la valeur d'un effet négociable dans un compte courant, n'est plus qu'un des éléments particuliers de l'affaire générale dont le compte courant présente les résultats.

Concluons de là que des remises en effets de commerce n'entrent dans un compte courant que *sauf encaissement*, et que si les effets de commerce ne sont pas payés à l'échéance, ils disparaissent du crédit du remettant et du débit de celui qui les a reçus. Il y a plus: si ces effets non recouvrés ont été pour celui-ci une occasion de dépense, s'il a été obligé soit de les protester, soit de les rembourser, il est autorisé à faire un nouvel article de compte de ces dépenses qui sont une conséquence du défaut de payement, en les portant à son crédit et au débit du remettant.

Tel est l'usage du commerce; et cet usage n'est pas arbitraire: il est fondé sur la nature des choses et sur l'essence même des conventions que présuppose nécessairement l'établissement d'un compte courant (1). Nous verrons tout à l'heure que la cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence (2).

2308. La faillite du remettant change-t-elle quelque chose à ces résultats quand elle intervient avant l'échéance des effets qui sont entrés dans le compte courant? Ici la difficulté se complique, et, pour la résoudre, il faut se faire une idée exacte de l'influence qu'exerce la faillite d'un des corres-

(1) V. MM. Bravard et Demangeat, t. II, p. 439.
(2) V. le n. suivant.

pondants, soit sur le compte courant en particulier, soit sur la masse générale de ses affaires.

En ce qui touche le compte courant, l'effet immédiat de la faillite est de l'arrêter aussitôt et d'en fixer le solde suivant l'état du débit et du crédit au jour de son ouverture. Pour travailler en compte courant, il faut être capable de s'engager, de prêter, d'emprunter, d'aliéner, de donner ou de recevoir un mandat, toutes choses que la faillite interdit. Le compte courant doit donc, en cas de faillite de l'un des correspondants, être arrêté d'après l'état de situation qui résulte de la dernière négociation régulière faite entre les parties.

Quant aux effets généraux de la faillite, il en est deux qui peuvent se trouver intéressés dans la solution de la question. Le premier est l'égalité qui soumet tous les créanciers au même niveau, et ne leur donne d'autre droit que de concourir sur la masse totale de l'actif, sans pouvoir prétendre à un payement particulier, sauf le cas où ils seraient protégés par un privilége reconnu par la loi; le second, qui est une conséquence du premier, est l'interdiction aux créanciers du failli, qui se trouvent en même temps ses débiteurs, de compenser leurs créances avec leurs dettes : il faut qu'ils commencent par payer ce qu'ils doivent, sauf à concourir avec la masse pour ce qu'il leur est dû.

Si les règles ordinaires du compte courant, et les conditions auxquelles il est soumis quand les choses se passent entre parties jouissant de la plénitude de leurs droits, n'ont rien de contraire aux règles particulières à l'état de faillite, telles qu'elles viennent d'être rappelées, il faut en conclure que la faillite ne modifie pas les résultats du compte courant; mais, s'il y a incompatibilité entre ces règles diverses, celles de la faillite doivent l'emporter, et alors le compte courant, quand l'état de faillite intervient, se trouvera exceptionnellement soumis à un mode particulier de règlement.

De ces deux hypothèses, cherchons quelle est la vraie.

De ce que la déclaration de faillite arrête le compte courant et en fixe le solde, on ne peut être autorisé à en conclure qu'elle

rend définitifs les articles conditionnels. Supposons qu'une stipulation expresse ait soumis l'inscription d'une remise à une condition quelconque, dont l'événement devrait avoir pour effet de la faire disparaître du compte : nul doute que l'événement de la condition aurait, après la faillite, le même effet qu'avant ; il y a là un droit acquis pour ou contre chacun des correspondants, sur lequel la faillite ne peut avoir aucune influence. Pourquoi en serait-il autrement lorsque la condition qui suspend l'effet de la remise, au lieu d'être expressément stipulée, a été tacitement convenue comme résultant de la nature même du compte courant ? On n'en voit pas la raison. Sans doute, si cette condition devait produire des effets contraires aux règles de la faillite, on comprendrait que la loi du contrat dût céder devant une loi supérieure d'ordre et d'intérêt public, mais il n'en est rien ; le non-encaissement d'une lettre de change ou d'un billet passés en compte courant, n'a d'autre effet que de rétablir le crédit et le débit, tels qu'ils devaient être dans l'origine et avant la faillite, en faisant disparaître un chiffre qui, n'ayant aucune valeur vis-à-vis de l'un des correspondants, ne peut en avoir aucune vis-à-vis de l'autre. Ce n'est pas là, comme l'a supposé la Cour de cassation, ouvrir au porteur un recours privilégié contre le failli. Le porteur qui, n'ayant pas reçu la valeur de l'effet de commerce à lui passé en compte courant, demande le retranchement de cet article du compte, ne prétend pas à une position plus favorable que celle des créanciers; il ne demande rien au failli, il ne l'actionne pas en remboursement de l'effet non payé : il ne demande que l'exécution du contrat de compte courant, suivant les errements réels antérieurs à la faillite, quitte à payer ce qu'il devra lorsque le règlement du compte arrêté sur des articles de débit et de crédit sincères et effectifs aura fait connaître ce qu'il doit. Il ne propose même pas une compensation; car la compensation n'a lieu qu'entre dettes réciproques. Ici, les éléments de la compensation manquent : celui qui, étant débiteur de la balance du compte, demande le retranchement d'une remise non payée, n'agit pas comme créan-

cier du montant de cette remise ; il ne demande pas à réduire par voie de compensation la balance qui lui est contraire, il demande seulement à ne pas être considéré comme débiteur d'une remise dont il n'a pas touché la valeur, et à ne pas être tenu de payer ce qu'il ne doit pas. Si cette remise augmente d'autant le chiffre de la balance, c'est évidemment parce qu'on suppose que celui à qui elle a été faite, en a été débité, et a pu par conséquent en devenir le débiteur. Mais si, d'après les conventions expresses ou tacites et également obligatoires, cette remise ne doit figurer dans le compte que sous la condition d'encaissement, le non-encaissement, en la faisant disparaître du débit comme du crédit, empêche que celui à qui elle a été faite n'en soit débiteur et, par suite, tenu d'en payer le montant au crédité. C'est ce qu'ont très-bien compris plusieurs arrêts de cours d'appel, et même un arrêt de la Cour de cassation, qui jugent que la condition d'encaissement inhérente à la négociation par compte courant n'est nullement altérée par l'événement de la faillite de l'envoyeur des effets : par ce motif que donne, entre autres, un arrêt de la cour de Douai, du 5 mars 1845 (1), que celui à qui la remise a été faite « ne demande pas à compenser la dette telle qu'on veut la faire résulter contre lui d'une simple énonciation de compte courant, avec la prétendue créance qui résulterait pour lui de ce que la traite n'aurait pas été payée à l'échéance ; qu'il demande seulement à effacer de ce compte courant un article qui n'y a été inscrit que sous une condition tacite qui ne s'est pas accomplie... (2). » Il faut donc tenir pour constant que l'événement de la faillite ne rend pas définitive une remise qui était essentiellement conditionnelle et subordonnée à l'effet de l'encaissement; et que, nonobstant la faillite de l'envoyeur, antérieure à l'échéance de l'effet non payé, la balance du compte doit être arrêtée comme si cette remise, de laquelle ne peut résulter ni crédit, ni débit, n'y avait jamais figuré.

(1) S., 45, 2, 268.

(2) Voy. Cass., 15 janv. 1823, S., 7, 1, 184 ; Nancy, 10 déc. 1842, S., 43, 2, 5 ; Paris, 12 nov. 1844, *ibid.*, 45, 2, 268.

C'est au surplus ce que la Cour de cassation, abandonnant la jurisprudence erronée de son arrêt de 1846, a jugé elle-même par plusieurs décisions postérieures qui ne permettent plus d'élever aucun doute sur ce point (1).

2309. Mais ce n'est pas tout; et d'autres questions restent à résoudre.

Celui à qui est envoyé en compte courant un effet de commerce qui n'est pas payé à l'échéance, peut avoir conservé l'effet entre ses mains, de même qu'il peut l'avoir négocié.

S'il a conservé l'effet entre ses mains, il a été obligé de le faire protester faute de payement et de faire des frais pour la conservation de son droit contre les tireurs ou endosseurs. Ces frais occasionnés par une remise sans valeur sont évidemment dus par celui qui a fait la remise, par le crédité, et le débité est autorisé à en faire un article de compte qui est porté à son crédit et au débit de l'envoyeur.

S'il n'a pas conservé l'effet entre ses mains, ceux à qui il l'a négocié ont pu, après l'avoir protesté, recourir contre lui pour se faire rembourser du montant de l'effet et des frais. Il se trouve alors créancier de l'envoyeur pour les sommes qu'il a payées à titre de remboursement des frais ; et quant au remboursement de l'effet, il efface l'encaissement antérieur qui n'avait qu'un caractère provisoire, et par suite il efface la remise, qui elle-même était surbordonné à l'encaissement.

2310. La faillite de celui qui a fait la remise, arrivant après la négociation opérée par celui qui l'a reçue, mais avant le remboursement que ce dernier a été obligé de faire à raison du non-payement de l'effet, modifie-t-elle ce résultat? Je ne le pense pas.

La faillite ne modifie pas la condition d'encaissement sous laquelle la remise a été faite et est entrée dans le compte courant. La négociation des effets n'a produit qu'un encaissement provisoire que le remboursement a fait disparaître et que la faillite n'a pas rendu plus définitif que la remise elle-même.

(1) Voy. Cass., 10 mars, 26 juillet et 6 août 1852, S., 52, 1, 258 et 409; 16 mars 1858, S., 58, 1, 393; et 25 juin 1862, S., 62, 1, 975. V. aussi Douai, 21 juin 1861, S., 62, 2, 86. — V. MM. Bravard et Demangeat, t. II, p. 439.

Celui qui rembourse ce qu'il a reçu est dans la même position que celui qui n'a rien reçu, et les effets remboursés lui revenant entre les mains sont comme s'ils n'en étaient jamais sortis. Les articles de crédit et de débit auxquels la remise de ces effets a donné lieu doivent donc disparaître de la même manière que s'ils n'avaient pas été négociés avant la faillite (1).

Quant aux frais dont le remboursement a été l'occasion, ils constituent une créance nouvelle qui ne peut entrer dans le compte courant clos par la faillite, et pour laquelle le créancier ne peut que produire à la faillite.

2311. Il est à remarquer d'ailleurs que de ce que des effets de commerce remis en compte courant n'entrent dans le compte courant que sous la condition d'encaissement, il n'en résulte pas que si, à défaut d'encaissement, ils sortent du compte courant, celui à qui ils ont été remis et qui en est devenu propriétaire en vertu d'un endossement régulier, cesse d'avoir, comme porteur, tous les droits attachés à cette qualité, et spécialement qu'il ne puisse user, en cas de faillite des coobligés et du remettant, qui lui-même est un des coobligés, du droit, que l'article 542 du Code de commerce confère à tout porteur, de produire dans toutes les masses pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement (2). Il n'y a pas de raison pour refuser au porteur d'effets de commerce non payés le droit d'user du bénéfice de cet article, parce que, à raison du non-payement, ces effets de commerce sont sortis du compte courant où ils étaient provisoirement entrés. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait aller jusqu'à prétendre que le non-encaissement de l'effet a eu pour résultat, non-seulement de faire sortir l'effet du compte courant et d'annuler les articles de crédit et de débit auxquels la remise avait donné lieu, mais encore de résoudre de plein droit et *ipso facto* le contrat de cession par endossement. Or, on ne trouve nulle part la base juridique de cette résolution qui s'opérerait contre la volonté et contre l'intérêt de celui qui

(1) Voy. les arrêts précités des 26 juill. et 6 août 1852. — Voy. en sens contraire, Cass., 14 mars 1848, S., 48, 1, 258.

(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 2021.

seul aurait droit de la demander, et qui se trouverait ainsi créancier, non plus, en qualité de porteur, du montant de l'effet à lui transmis par voie d'endossement, mais de la valeur par lui fournie, laquelle, par suite de la résolution, l'endosseur failli serait tenu de lui restituer d'après les règles ordinaires, et non d'après les règles spéciales de l'article 542 du Code de commerce. C'est donc avec raison que la Cour de cassation a jugé, le 5 fév. 1861, que, dans ce cas, le porteur a le droit de se prévaloir de cet article 542, tout comme si l'effet n'était pas entré momentanément dans le compte courant d'où le défaut d'encaissement l'a fait sortir (1).

Mais il est bien évident que celui qui est créancier, soit parce que le montant des effets n'a pas été encaissé par lui, soit parce que, après les avoir négociés, il s'est trouvé obligé d'en rembourser le montant aux tiers porteurs, n'a d'autre droit à exercer contre la faillite de l'envoyeur que celui de participer aux dividendes, et qu'il ne pourrait être admis à compenser la créance résultant pour lui du remboursement avec les sommes dont il se trouve, d'un autre côté, débiteur envers le failli, soit par compte courant, soit autrement. C'est ce que juge un arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 1838 (2).

2312. En résumé, les remises d'effets de commerce par compte courant sont toujours et essentiellement faites sauf encaissement, et ne deviennent, pour celui qui les a opérées, des articles définitifs de crédit, que par leur payement effectif; et cette condition, inhérente à la négociation elle-même, n'est nullement altérée par l'événement de la faillite de l'envoyeur des effets, qui n'en demeure pas moins débiteur de ces effets, conformément aux règles générales sur l'endossement et aux règles spéciales de l'article 542.

Reprenons maintenant l'examen des questions de compensation en matière de faillite.

2313. Suivant M. Toullier (3), la compensation des sommes dues au failli par un de ses créanciers avec ce que doit

(1) S., 61, 1, 491.
(2) S., 38, 1, 517.
(3) T. VII, n. 581.

le failli à ce créancier, pourrait s'opérer depuis la faillite, si, avant son ouverture, le failli était convenu, sans fraude, et par un acte dont la date serait assurée, qu'une créance ou une dette alors exigible serait compensée avec une dette ou une créance qui n'arriverait à échéance que postérieurement à la faillite, parce que, dans ce cas, le droit de compenser serait acquis antérieurement à la faillite. Et il donne pour exemple le cas où il est reconnu dans un bail que le fermier ou locataire a avancé au propriétaire une certaine somme, dont il aura reprise par compensation sur le prix de la dernière année de ses fermages ou loyers. La compensation, dit-il, s'opérera après la faillite du propriétaire.

Je crois cet exemple mal choisi. Ce n'est pas là une compensation proprement dite, parceque, à vrai dire, il n'y a pas ici deux dettes réciproques ayant, postérieurement à la faillite, une existence simultanée et dont le concours produit l'extinction. Le locataire qui a fait une avance au propriétaire, lequel de son côté lui abandonne en payement tout ou partie de l'une des annuités du bail, cesse dès lors d'être créancier, de même que le propriétaire cesse d'être débiteur, non par l'effet d'une compensation, mais par une sorte de délégation qui peut recevoir son effet après la faillite, attendu que les parties se trouvent dans la même position que si le locataire avait payé d'avance le prix du bail. Si donc, dans cette espèce, il y a eu compensation, c'est une compensation conventionnelle, qui s'est accomplie avant la faillite; de telle sorte que l'exemple n'est pas concluant en faveur de la faculté que les parties se réserveraient de compenser après la faillite. Il n'y aurait convention de compenser nonobstant la faillite que si la convention portait sur deux dettes dont l'échéance ne devrait arriver qu'à une époque où la faillite serait déclarée. Or, je n'hésite pas à dire que cette convention qui aurait pour résultat de créer au profit d'un des créanciers du failli un véritable privilége non reconnu par la loi, serait illicite et nulle. Aussi M. Toullier ne va-t-il pas jusque-là, et sa proposition, rapprochée de l'exemple qui l'explique, a, dans le fait, une portée beaucoup moins grande qu'elle ne le paraît au premier coup d'œil.

Il ne peut donc, sous aucun prétexte, y avoir de compensation après le jugement déclaratif de la faillite ; mais il en est autrement dans le temps antérieur au jugement déclaratif, quoique postérieur à l'époque à laquelle ce jugement a fait remonter la date de la cessation de payements.

2314. Comme je l'ai déjà dit en traitant des effets de la faillite (1), le failli qui peut, dans le temps intermédiaire à la cessation de payements et au jugement déclaratif, payer en espèces ou en effets de commerce les dettes échues (2), n'est pas privé de la faculté de compenser. La compensation qui a lieu de plein droit ne peut, quand elle s'applique à une dette échue et que le débiteur failli pourrait payer effectivement, être considérée comme faisant fraude aux droits des créanciers et contraire à une égalité à laquelle ils n'ont encore aucun droit acquis.

Il résulte de là que le failli peut, dans ce temps intermédiaire, arrêter un compte courant, et conséquemment faire la compensation des remises réciproques, afin d'en déterminer le solde définitif. Les remises faites en compte-courant, ne devant pas être considérées comme des actes à titre gratuit, mais constituant au contraire des actes à titre onéreux, peuvent être faites sans fraude jusqu'au jugement qui arrête de plein droit le compte courant (3) ; à plus forte raison ce compte peut-il être arrêté conventionnellement avant le jugement déclaratif, mais après la cessation de payements.

La compensation, au moyen de virements, peut également avoir lieu dans ce temps intermédiaire, quand elle porte sur des effets de commerce (4). L'article 446 du Code de commerce, permettant de payer les dettes échues, en effets de commerce, permet par cela même de céder ces effets, puisqu'on ne peut payer avec des effets de commerce sans les céder ; et par conséquent il permet de faire les virements qui

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1223.
(2) C. comm., 446.
(3) Voy. *sup.*, t. II, n. 1192.
(4) Voy. *sup.*, n. 2922.

constituent précisément l'un des moyens les plus ordinaires de faire des payements en effets de commerce.

2315. Quand, par l'effet d'un concordat, le failli a été remis à la tête de ses droits, la compensation des dividendes qu'il s'est engagé à payer à ses créanciers peut naturellement s'opérer avec ce que ses créanciers lui doivent, mais seulement, ainsi que je l'ai déjà expliqué, à compter de l'échéance de ces dividendes, et non à partir de l'échéance primitive des dettes que le concordat a eu pour objet de réduire, et pour le payement desquelles le failli a obtenu des délais (1).

2316. Quant aux créanciers du failli concordataire qui sont en même temps ses débiteurs, ils ne pourraient lui opposer en compensation la partie de leurs créances dont ils lui ont fait remise par le concordat. Cette remise constitue sans doute une dette naturelle, au payement de laquelle est tenu le failli qui veut obtenir sa réhabilitation. Mais les créanciers qui, en faisant cette remise, ont renoncé à toute action pour en demander et en obtenir le payement, ne peuvent par la même raison s'en prévaloir pour opérer une compensation à leur profit, puisque le droit d'opposer la compensation suppose le droit de demander le payement (2).

C'est même à tort qu'ils invoqueraient une compensation qui se serait opérée à leur profit pendant la faillite et avant le concordat (si les deux dettes étaient alors échues), et qu'ils prétendraient que le principe qui interdit la compensation pendant la faillite ne peut être invoqué que par les créanciers, dans l'intérêt desquels il a été établi, et non par le failli auquel cette exception ne saurait profiter. Ce système avait été admis par la Cour de Montpellier : « Attendu que si l'état de faillite établit une dérogation aux principes du droit commun en matière de compensation, cette dérogation n'existe que dans l'intérêt de la masse des créanciers, en considération du dessaisissement dont le failli est frappé, et par une conséquence de cette saisie-arrêt légale que l'ouverture de la faillite jette sur tous les biens du débiteur ; attendu qu'il résulte

(1) Voy. *sup.*, n. 2268.
(2) Duranton, n. 407; M. Renouard, t. II, p. 72.

de la combinaison des articles 444, 445 et 447 du Code de commerce, que les nullités et les exceptions établies en faveur des créanciers sont relatives et ne sauraient être opposées par le failli lui-même... » Mais il a été condamné par la Cour de cassation, « attendu qu'une compensation en faveur d'une créance contre le failli, échue postérieurement à l'ouverture de la faillite, ne peut s'opérer pendant que le dessaisissement qui en résulte contre ce dernier continue de subsister, puisque cette compensation produirait un payement que la loi lui défend de faire, et constituerait par là un privilége qui blesserait l'égalité qu'elle a voulu établir entre tous (1)... » A ce motif, qui mérite peut-être le reproche de résoudre la question par la question, on peut ajouter que la compensation repose sur certaines conditions légales qui consistent surtout dans le concours de deux dettes également exigibles et également liquides, ou, ce qui revient au même, payables de la même manière. Or, la dette du failli n'est pas payable de la même manière que celle de son créancier qui se trouve être en même temps son débiteur, puisque la dette du failli n'est payable que suivant les règles déterminées pour les faillites, qu'elle n'est pas exigible de fait, tandis que ce que doit le créancier est absolument exigible et effectivement payable : voilà pourquoi la compensation ne peut pas s'opérer. Et comme d'un autre côté la nature de la dette du failli est indivisible, qu'elle est la même à son égard qu'à l'égard de ses créanciers, puisqu'il ne pourrait payer et conséquemment compenser sans porter atteinte aux droits de tous, il n'y a pas de raison pour qu'il s'opère en ce qui le regarde une compensation qui ne s'opérerait pas vis-à-vis de ses créanciers, et pour qu'il ne puisse pas se prévaloir de ce que la compensation qu'on lui oppose ne s'est pas légalement opérée. M. Pardessus semble, il est vrai, émettre une opinion contraire (2); mais je crois que c'est là une erreur de ce savant jurisconsulte.

2317. Lorsque la faillite a été terminée par un contrat d'u-

(1) Cass., 24 nov. 1841, S., 42, 1, 80.
(2) *Droit comm.*, n. 1126.

nion, les créanciers qui, par l'effet de ce contrat, rentrent contre le failli dans l'exercice de leurs droits individuels (1), peuvent évidemment opposer aux demandes qu'il dirigerait contre eux pour ce qu'ils lui doivent, la compensation des sommes dont il est resté leur débiteur.

2317 *bis*. Il est à remarquer du reste que les règles qui précèdent et qui en cas de faillite de l'un des débiteurs dérogent aux règles ordinaires en matière de compensation, ne sont pas applicables au cas de déconfiture, la déconfiture, à la différence de la faillite ne dessaisissant pas le débiteur de l'administration de ses biens et laissant par conséquent subsister toutes les règles relatives au paiement et à la compensation qui en est l'équivalent (2).

2318. En matière de société, la compensation donne lieu à quelques questions particulières qui naissent de la distinction que j'ai déjà établie entre la société considérée comme personne morale, et la personne même des associés.

Ainsi, un associé ne peut compenser ce qu'il doit à la société avec ce qui lui est dû par un associé, alors même que cet associé serait le gérant. Balde en donne la raison : le gérant, en représentant la société, en agissant pour elle, n'agit pas en son privé nom, *tanquam singularis persona;* c'est la société même qui agit, *corpus societatis*. L'associé débiteur est donc tenu de payer à la société, sans être admis à se prévaloir de ce que lui doit le gérant qui, sous ce rapport, est un tiers (3).

2319. Par la même raison, l'associé, qui est personnellement débiteur d'un débiteur de la société, ne peut opposer la compensation de ce que ce dernier doit à la société. L'associé et la société sont ici encore deux personnes distinctes, dont les droits et les obligations ne peuvent se confondre. *Compensare proprium debitum cum credito sociali in jure vetitum expresse reperitur*, dit Casaregis, *per doctores plenâ manu à me allegatos* (4).

(1) Cod. comm., 526. — Voy. *sup.*, t. II, n. 1238.

(2) Lyon, 21 fév. 1869, D., 69, 2, 224. V. M. Larombière, sur l'art. 1291, n. 27.

(3) Balde, sur la loi *Ejus*, *C. de compens.*; Salicet, sur la même loi, n. 3 et 4, cités par M. Troplong, *Des sociétés*, n. 62.

(4) *Disc.* 76, n. 22; Rote de Gênes, décis. 26, n. 30 et suiv.; M. Troplong, n. 79; Duranton. t. XII, n. 432.

2320. De même encore, le créancier d'un associé qui est en même temps débiteur de la société, ne peut opposer à la société la compensation de ce que lui doit l'associé. *Si unus particularis sit creditor unius ex sociis alicujus societatis, et sit etiam debitor societatis, non potest hoc debitum quod habet cum societate, compensare cum credito quod habet contrà dictum socium* (1).

2321. Mais je pense avec M. Duranton qu'un créancier de la société qui est en même temps débiteur personnel de l'un des associés, peut opposer à cet associé la compensation de ce que lui doit la société, jusqu'à concurrence de la part de cet associé dans la dette de la société (2). Le créancier de la société qui a une action directe contre l'associé pour le contraindre à payer la dette sociale peut, à plus forte raison, lui opposer une compensation fondée sur cette même dette. Toutefois, c'est là une compensation purement facultative et qui a d'ailleurs pour résultat de subroger dans les droits du créancier contre la société, l'associé qui, au moyen de cette compensation, a payé la dette sociale.

2322. Quant aux dettes qu'un associé aurait contractées en son nom personnel envers la société, il ne peut les compenser avec les sommes qu'il a versées dans la société ou avec sa mise sociale : d'abord, parce que cette mise sociale n'est pas exigible ; ensuite, parce que tant qu'elle est engagée dans les affaires de la société, il ne saurait en résulter aucune créance certaine et liquide : *Nequit ullo modo contraponi assertum creditum sociale, turbidum, incertum et intricatum ; casus enim dari potest, ut adeo ex jacturâ negotiationis diminutum sit capitale, quod parum aut nihil ex pretenso illius credito, seu capitale remaneat* (3).

Il en est ainsi alors surtout que la société est en état de faillite, suivant les principes qui ont été développés plus haut (4).

2323. Remarquons en terminant ce qui est relatif aux person-

(1) Scaccia, § 6, *Gl.* 1, n. 95 ; Toubeau, t. II, 101 ; M. Troplong, n. 79.
(2) T. XII, n. 432.
(3) Ansaldus, *Disc.* 74, n. 5.
(4) Voy. *sup.*, n. 2306. — Voy. aussi Cass., 18 fév. 1844, S., 44, 1, 692 et 1er fév. 1845, *ibid.*, 45, 1, 589.

nes entre qui la compensation peut s'opérer ou qui peuvent l'opposer, qu'elle peut être opposée non-seulement par ceux entre qui et pour le compte de qui elle s'est opérée, mais encore par tous ceux qui les représentent et qui exercent leurs droits. Ainsi la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal (1) : la compensation qui éteint la dette cautionnée profite nécessairement à la caution qui cesse d'être tenue dès qu'il n'y a plus de dette ; seulement elle ne lui profite que du jour où elle l'oppose, parce que la compensation résultant ici d'une créance qui n'est pas personnelle à la caution, n'a pas lieu de plein droit (2).

Mais la réciproque n'a pas lieu, et le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution, parce que la dette peut subsister, quoique la caution se trouve déchargée ; tandis qu'il ne peut y avoir de cautionnement dès qu'il n'y a plus de dette, et qu'il n'y a plus de dette, dès qu'elle est éteinte par la compensation.

2324. Quant au débiteur solidaire, il ne peut, aux termes de l'article 1294 du Code civil, opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. Comme je l'ai déjà expliqué, cette disposition doit être entendue en ce sens, que le débiteur solidaire qui peut opposer la compensation de ce qui est dû à l'un de ses codébiteurs, jusqu'à concurrence de sa part dans la dette commune, parce que c'est là une exception commune, ne peut opposer la compensation pour le surplus, parce que c'est là une exception personnelle au débiteur devenu créancier et dont les autres débiteurs ne peuvent se prévaloir (3).

2325. L'héritier représentant la personne du défunt, il en résulte que ce qui est dû au défunt ou par le défunt se compense de plein droit, à l'instant du décès, avec ce qui est dû par l'héritier ou à l'héritier. Toutefois l'héritier bénéficiaire, ne confondant pas ses biens personnels avec ceux de la suc-

(1) C. civ., 1294.
(2) Duranton, t. XII, n. 425 ; C. civ., 1294.
(3) Voy. *sup.*, t. III, n. 2040.

cession, et conservant le droit de réclamer contre elle le payement de ses créances, il n'y a pas de compensation entre les dettes ou les créances personnelles de l'héritier bénéficiaire et les créances ou les dettes des créanciers ou des débiteurs de la succession (1).

2326. Arrivons maintenant aux effets de la compensation.

Qui compense, paye. De même donc que le payement éteint de plein droit toutes les obligations accessoires à la créance, efface les priviléges et les hypothèques, décharge la caution, de même aussi la compensation produit de plein droit les mêmes effets jusqu'à concurrence des quotités respectives des dettes compensées.

2327. Il suit de là que celui qui paye une dette qui était de plein droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette (2). Un débiteur peut bien renoncer à la compensation pour son propre compte, mais sa renonciation ne saurait préjudicier aux tiers (3).

La compensation éteignant la dette, fait pareillement cesser de plein droit le cours des intérêts à partir du jour où elle s'est opérée (4).

2328. De la similitude qui se rencontre entre la compensation et le payement, il résulte que lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables, c'est-à-dire simultanément échues, dues par la même personne, on suit, pour reconnaître quelle dette est compensée, les règles établies pour l'imputation de payements (5). Lors donc que la compensation s'est opérée de plein droit sur la dette qui y était soumise suivant les règles de l'imputation, les parties ne peuvent pas en diriger

(1) Casaregis, *Disc.* 31, n. 21 ; Toullier, t VII, n. 380.
(2) C. civ., 1299.
(3) Voy. *sup.*, n. 2244.
(4) Voy. *sup.*, n. 2275.
(5) C. civ., 1297. — Voy. *sup.*, n. 2171 et suiv.

l'effet sur une autre dette au préjudice des droits des tiers (1).

Par la même raison, si plusieurs obligations réciproques ne sont pas devenues compensables simultanément, on ne peut imputer par voie de compensation, sur une dette que le débiteur a le plus d'intérêt à éteindre, une créance antérieurement échue et qui s'est compensée de plein droit avec une autre dette également échue à la même époque (2).

Les règles de l'imputation s'appliquent d'ailleurs à la compensation des intérêts comme à celle du capital. Ainsi, lorsqu'une dette non productive d'intérêts se rencontre avec une dette qui en produit, la compensation se dirige d'abord sur les intérêts et n'éteint la dette du capital que pour l'excédant, et jusqu'à due concurrence.

2329. Une autre conséquence du principe que la compensation éteint de plein droit la dette et produit les mêmes effets que le payement, c'est que la compensation, comme le payement, peut être opposée en tout état de cause et jusqu'à l'exécution du jugement ou de l'arrêt qui condamnerait à payer une dette compensée, de même que jusqu'à l'exécution du jugement de condamnation, on peut opposer le payement de la dette (3). Celui qui par erreur a payé une dette compensée a même une action en répétition, comme ayant payé une chose non due (4).

SECTION V. — DE LA CONFUSION.

Sommaire. — 2330. Définition de la confusion. — 2331. Quand a-t-elle lieu? Succession à titre universel; à titre particulier. — 2332. De la confusion en matière de lettres de change, quand le tiré devient avant l'echéance propriétaire de la lettre. Du cas où le tiré qui n'a pas de provision n'a pas accepté. — 2333. Du cas où le tiré, ayant ou n'ayant pas de provision, a accepté. — 2334. Du cas où, ayant provision, il n'a pas accepté. — 2325. *Quid*, du cas où une lettre de change revient avant son échéance aux mains d'un précédent endosseur? — 2336. Effets de la confusion relativement aux codébiteurs solidaires. — 2337... Relativement aux cautions.

(1) Duranton, t. XII, n. 455.

(2) Cass., 2 mai 1860, S., 61, 1, 539.

(3) *Eum qui judicati convenitur, compensationem sibi debitæ pecuniæ implorare posse nemini dubium est.* L. 2, *Cod. de compens.*

(4) *Si quis compensare potens solverit, condicere potest quasi indebito soluto.* L. 10, § 1, ff. *De compens.*

2330. La confusion, considérée comme mode d'extinction des obligations, est la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur de la même obligation : le fait seul de cette réunion éteint l'obligation, parce qu'on ne peut devoir à soi-même. Il suit de là que la confusion, au lieu d'équivaloir au payement, comme la novation et la remise de la dette, rend au contraire le payement inutile. Elle se distingue surtout de la compensation, qui solde deux dettes l'une par l'autre; quand les deux créanciers sont à la fois débiteurs l'un de l'autre, tandis que la confusion n'éteint qu'une seule obligation, au moyen de la réunion en la même personne des qualités incompatibles de créancier et de débiteur. C'est donc une rédaction vicieuse que celle de l'article 1300 du Code civil, aux termes duquel, lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droits qui éteint les deux créances. La confusion n'éteint qu'une seule créance, celle dont le même individu est à la fois créancier et débiteur. Il serait même plus exact de dire qu'elle détruit plutôt l'action qu'elle n'éteint l'obligation même : *Potiùs eximit persona ab obligatione confusio, quàm extinguit obligationem* (1).

2331. La confusion a lieu lorsque le créancier se trouve mis aux lieu et place du débiteur, ou lorsque le débiteur se trouve mis aux lieu et place du créancier, ou bien encore quand un tiers se trouve à la fois aux lieu et place du créancier et du débiteur.

La succession héréditaire est l'occasion la plus ordinaire de la confusion : elle s'opère alors sans difficulté et de la manière la plus complète. C'est même à cette hypothèse que se rapportent la plupart des questions traitées par les auteurs qui y ont écrit sur cette matière. Cependant cette hypothèse n'est pas la seule. Quand un individu prend la suite des affaires d'une maison de commerce et se rend cessionnaire de son passif, il y a lieu à la confusion, si cet individu est débiteur ou créancier de cette maison. En succédant à ses droits

(1) Duranton, t. XII, n. 481; Marcadé, sur l'art. 1300, C. civ.

comme à ses obligations, il cesse d'être débiteur ou créancier : ses droits et ses obligations personnelles se confondent avec ceux de la maison dont il continue les affaires. Il en serait de même du cas où la suite des affaires de deux maisons, dont l'une est débitrice de l'autre, serait prise par un tiers.

Dans tous les cas, la confusion ne se rencontre ordinairement que dans une succession à titre universel. Si un créancier léguait sa créance au débiteur, il y aurait remise de dette et non pas confusion ; et si un débiteur retirait de la circulation une créance même non échue, il y aurait un payement anticipé qui éteindrait naturellement la dette.

2332. Cependant c'est d'après les principes de la confusion qu'on a résolu la question de savoir si celui sur qui une lettre de change est tirée, et qui en devient propriétaire avant l'échéance, par suite d'une négociation quelconque, peut encore la remettre en circulation, ou bien si l'obligation a été définitivement éteinte aussitôt que la lettre de change s'est trouvée entre ses mains.

Trois hypothèses peuvent se présenter : ou le tiré, qui n'avait pas reçu la provision, n'a pas accepté : ou il a accepté ayant ou n'ayant pas de provision, ce qui revient au même ; ou il a reçu une provision, et n'a pas accepté.

Dans le premier cas, le tiré qui n'a pas accepté et qui n'a pas reçu de provision, n'est pas, à proprement parler, débiteur de la lettre de change. Jusqu'à l'acceptation, il n'y a qu'un seul obligé principal au payement de la lettre : c'est le tireur. Si donc, par l'effet d'une négociation, le tiré devient propriétaire de la lettre de change, on ne peut dire ni qu'il y a confusion, puisqu'au moment où il devient créancier, il n'est pas débiteur, ni qu'il y a de sa part un payement anticipé qui éteint l'obligation. Le tiré devient un simple endosseur, et comme tel il peut remettre l'effet en circulation. Si à l'échéance on le lui présente, il peut alors l'accepter, et, en le payant comme tiré, accomplir le mandat du tireur qui, comme dans les cas ordinaires, devra lui tenir compte des dépenses faites pour l'exécution de ce mandat. S'il ne veut

pas accepter, il peut être tenu de payer comme endosseur, et alors, après avoir payé, il a comme tout autre endosseur un recours contre le tireur. Je ne crois pas qu'à cet égard il puisse y avoir aucune difficulté (1).

2333. Dans le second cas, c'est-à-dire si le tiré a accepté, la question se complique.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation (2) jugent que celui qui a accepté une lettre de change tirée sur lui en est devenu débiteur ; que s'il arrive que la lettre de change soit ensuite passée à son ordre avant l'échéance, il en devient créancier ; et que, de cette double qualité de créancier et de débiteur de la même lettre de change, résulte une extinction de la dette par confusion; d'où ces arrêts concluent qu'aucune poursuite ultérieure en payement de la lettre de change, ne peut être dirigée contre les endosseurs ou contre le tireur au nom du tiré, qui avait encore à l'échéance la propriété de l'effet.

Cette conclusion est adoptée par M. Pardessus; mais, selon cet auteur, l'intérêt des tiers et des négociations commerciales empêche qu'on ne puisse opposer aux tiers porteurs la confusion qui se serait opérée relativement au tiré. « Si donc, dit-il, l'accepteur d'une lettre de change se trouvait en devenir propriétaire par quelque négociation, il pourrait, tant que l'échéance ne serait pas arrivée, la faire sortir de ses mains par endossement, sans qu'on eût le droit d'opposer aux tiers de bonne foi qu'ils n'ont pu devenir propriétaires d'une créance éteinte par la confusion, et ce mode d'extinction n'aurait d'effet que si la lettre était encore sa propriété à l'échéance (3). »

Mais il me semble qu'il y a une contradiction évidente à reconnaître que l'obligation est éteinte relativement à l'accepteur, et cependant à permetre à l'accepteur de lancer de nouveau dans la circulation la même obligation. Ces deux so-

(1) Cass. 15 mai 1850, S., 50, 1, 444; M. Alauzet, t. II, n. 863.

(2) Cass., 14 floréal an IX, S., 1, 1, 460; 19 avril 1848, S., 48, 1, 385. — Voy. aussi Rouen, 12 mars 1844, S., 44, 1, 609; et Rouen, 7 déc. 1846, S., 47, 2, 9.

(3) *Droit comm.*, n. 257.

lutions s'excluent réciproquement. Pour savoir ce que peut faire l'accepteur qu'une négociation a rendu propriétaire de la lettre avant son échéance, et quels sont les droits des porteurs auxquels il l'aurait plus tard endossée, il faut donc commencer par déterminer nettement les effets de la négociation qui a rendu l'accepteur propriétaire de la lettre de change.

L'accepteur est débiteur de la lettre de change; quand, avant l'échéance, une négociation l'en rend propriétaire, c'est qu'il en a payé la valeur à celui qui en était porteur; en d'autres termes, il a acquitté la traite avant son échéance, ce que l'article 144 du Code de commerce lui permet de faire à ses risques et périls. La lettre de change ainsi payée est éteinte, moins par une confusion de droits en la personne de l'accepteur que par un payement réel et effectif; car, au moment où la lettre est payée, il n'y a plus ni débiteur ni créancier, et, conséquemment, il n'y a plus de place pour la confusion. Or le payement éteint la dette d'une façon beaucoup plus radicale que la confusion, puisque le payement est l'accomplissement de l'obligation qui ne peut revivre quand elle a produit tous les effets qu'elle comportait, tandis qu'on peut admettre, jusqu'à un certain point, que la confusion cesse par la séparation des deux qualités qui l'avaient produite (1).

Il suit de là, en premier lieu, que l'accepteur qui, en payant la lettre de change avant son échéance, n'a fait que remplir son obligation, n'a aucune action contre les endosseurs qui le précèdent. Il ne peut agir que contre le tireur à fin de remboursement des dépenses qu'il a faites pour l'exécution du mandat qu'il aurait accepté sans avoir reçu de provision. Mais alors ce n'est pas en vertu de la lettre de change qu'il agit contre le tireur; c'est en vertu de l'obligation particulière que le tireur a contractée en tirant la lettre de change, de tenir compte au tiré, son mandataire, des avances que celui-ci ferait dans son intérêt.

(1) Voy. Toullier, t. VII, n. 438 et suiv.; Duranton, t. XII, n. 483.

Il suit de là, en second lieu, que si l'accepteur remet en circulation la lettre de change qu'il a payée avant son échéance, les tiers porteurs, qui ne peuvent avoir plus de droits qu'il n'en aurait lui-même, n'ont aucune action contre les endosseurs qui le précèdent; ils n'ont même aucune action contre le tireur qui n'aurait pas fourni la provision, parce que l'action qui appartient à l'accepteur contre ce dernier, lui est personnelle et ne procède pas directement du contrat de change. Les tiers porteurs qui reçoivent la lettre de change des mains de l'accepteur, la reçoivent donc comme une obligation nouvelle dont l'accepteur est le seul débiteur, et qui n'est garantie que par sa signature. M. Pardessus argumente de l'intérêt des tiers et des négociations commerciales, pour en conclure qu'on ne peut opposer aux tiers porteurs la confusion qui se serait opérée relativement au tiré. Mais si l'intérêt des tiers est, dans ce cas, exposé à une lésion, c'est parce qu'ils le veulent bien. Leur bonne foi n'a pas été trompée. L'état matériel de la lettre de change a dû leur apprendre la position qui leur était faite ; et s'ils ont consenti à suivre la foi de l'accepteur, ils ne sont pas recevables à se plaindre de ce que sa garantie est nulle ou insuffisante.

Il faut donc admettre l'opinion de la Cour de cassation et celle de M. Pardessus, en ce qui touche la position de l'accepteur à l'égard du tireur et des endosseurs qui le précèdent; mais rejeter l'opinion de M. Pardessus, en ce qui touche la position des tiers porteurs, postérieurs à l'accepteur, qui ne peuvent avoir plus de droits que celui qu'ils représentent (1).

2334. J'arrive à la troisième hypothèse, dans laquelle nous supposons que le porteur qui n'a pas accepté avait reçu une provision. Suivant M. Pardessus, si le tiré qui, avant l'échéance, est devenu propriétaire de la lettre (non acceptée), et qui l'a remise en circulation comme simple endosseur, en avait la provision en même temps qu'il en était propriétaire, il ne serait par recevable, faute par lui de payer la lettre de change, et dans le cas où il serait poursuivi comme endos-

(1) M. Alauzet, t. II, n. 863.

seur, à agir en garantie contre ceux qui le précèdent, car il aurait à se reprocher de n'avoir pas conservé la provision qui était entre ses mains (1). Ainsi, M. Pardessus refuse au tiré qui, sans avoir accepté, a reçu une provision, le même droit de recours qu'il refuse au tiré accepteur. La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens, dans une espèce où le tiré, qui était devenu créancier du tireur, en acquittant avant leur échéance les traites qui lui étaient adressées, était déjà son débiteur, par compte courant, de sommes supérieures au montant de ces traites (2); et la Cour de Riom a jugé de la même manière, le 12 mars 1844 (3), qu'une lettre de change, qui est devenue avant son échéance la propriété du tiré lui-même, lequel avait provision, a produit tous ses effets possibles par la confusion dans la personne du tiré des deux qualités de débiteur et de créancier de la lettre de change ; et que dès lors le tiré ne peut plus valablement endosser cet effet au profit d'un tiers de manière à lui donner action contre le tireur originaire, à défaut de payement de la part du tiré à l'époque de l'échéance.

Je partage cette opinion, et je pense que le tiré nanti d'une provision, qui paye la lettre de change avant son échéance, même sans l'avoir acceptée, éteint toutes les actions qui pourraient naître de cette lettre de change, tant contre le tireur que contre les endosseurs qui le précèdent, et que s'il remet la lettre de change en circulation, il reste seul exposé et sans aucun recours possible, aux actions des tiers porteurs ultérieurs (4).

En effet, si le tiré qui n'a pas accepté, mais qui a reçu une provision, n'est pas débiteur direct de la lettre de change, en ce sens que par l'acceptation seule il contracte l'obligation d'en payer le montant (5), il n'en est pas moins vrai qu'il est débiteur de la somme affectée au payement de la lettre de change, et de

(1) *Droit comm.*, n. 365.
(2) Cass., 11 déc. 1832, S. 32, 1, 140.
(3) *Ibid.*, 44, 2, 609.
(4) M. Alauzet, *loc. cit.*
(5) C. comm., art. 121.

la valeur dont ce titre est la représentation. Lors donc qu'il acquitte la lettre de change avant son échéance, on peut dire, sans fiction, qu'il paye sa dette et qu'il éteint le titre qui donnait aux tiers le droit d'agir contre lui, du chef du tireur, pour le contraindre à payer. Dans ce cas, aussi bien que dans celui où la lettre de change est acceptée, il y a extinction de la dette par le payement; et si le tiré peut, en remettant la lettre dans la circulation, s'obliger de nouveau, c'est une autre obligation qu'il s'impose, mais qu'il ne peut imposer ni aux endosseurs qui le précèdent, parce que ceux-ci n'avaient garanti que le payement du tiré qui avait la provision, et que ce payement, quoique anticipé, les a déliés de cette obligation ; ni au tireur qui, obligé, d'une part, à faire la provision, d'autre part, à garantir le payement, a rempli la première de ces obligations et est délié de la seconde, comme les endosseurs, aussitôt que le payement a été effectué. Il y a même cette différence entre le tiré qui a accepté sans avoir de provision, et le tiré qui, ayant une provision, n'a pas accepté, que le premier peut, après avoir payé avant l'échéance, exercer contre le tireur un recours qu'il ne peut transmettre aux porteurs ultérieurs de la lettre de change qu'il a mise dans la circulation; tandis que le second n'a aucun recours contre le tireur.

Donc, en résumé, la transmission de la propriété d'une lettre de change au tiré qui a accepté, ou qui, sans avoir accepté, a reçu une provision, éteint les obligations résultant de la lettre de change, soit par l'effet de la confusion (1), soit, ce qui me paraît plus rationnel, par l'effet naturel et ordinaire du payement, en considérant cette transmission comme le résultat d'un payement anticipé.

2335. Il est, du reste, à remarquer que tout ce qui vient d'être dit pour le cas où une lettre de change arrive avant son échéance entre les mains du tiré, ne serait pas applicable au cas où cette lettre de change viendrait, par l'effet d'une rétrocession, aux mains d'un précédent endosseur. L'endosseur ne pouvant jamais, avant l'échéance, être considéré comme dé-

(1) E. Vincens, *Législ. comm.*, t. II, p. 20.

biteur, ce qu'il a payé pour reprendre l'effet ne pourrait non plus être jamais considéré ni comme un paiement, ni comme opérant une confusion qui suppose dans la même personne les qualités contraires de créancier et de débiteur (1).

2336. De même que la compensation (2), la confusion qui s'opère dans la personne de celui qui devient à la fois créancier et débiteur ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur (3).

2337. Cette assimilation se rencontre encore dans les rapports qui existent entre le débiteur principal et ses cautions; la confusion qui s'opère en la personne du débiteur principal profite à ses cautions, qui ne peuvent être obligées quand il cesse de l'être. Mais la confusion qui s'opère dans la personne de la caution n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale (4).

SECTION VI. — DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE.

Sommaire. — 2338. La perte de la chose due est une cause d'extinction des obligations de faire, aussi bien que des obligations de donner. — 2339. La perte n'éteint l'obligation que lorsqu'elle a pour objet un corps certain et déterminé. Quand le corps est-il certain et déterminé? Renvoi. — 2340... Des obligations de sommes. — 2341. Perte du titre. — 2342. Ce qu'on entend par perte de la chose. Prohibitions douanières; interdiction de commerce. — 2343. Dans les obligations synallagmatiques, l'extinction de l'obligation de l'une des parties par la perte de la chose, entraîne-t-elle l'extinction de l'obligation de l'autre?... En matière de vente. — 2344... En matière de louage et de charte partie. — 2345. En matière de société. — 2346. Perte totale de la chose sociale. — 2347. Perte partielle. — 2348. De la cession des droits et actions relatifs à la chose périe. — 2349. De la faute du débiteur; mise en demeure; cas fortuit. Renvoi.

2338. Bien que le code civil, en intitulant cette section VI, *De la perte de la chose due*, semble n'avoir eu en vue que les obligations de donner, néanmoins les principes sur lesquels reposent les dispositions qu'elle formule étant des plus généraux, puisqu'on ne peut pas plus être tenu de faire ce qui

(1) Bourges, 7 mars 1845, S., 46, 2, 270; M. Alauzet, t. II, n. 864.
(2) Voy. *sup.*, n. 2040.
(3) C. civ., 1301.
(4) *Ibid.*

est devenu impossible, que de donner ce qui a cessé de pouvoir être donné, on ne serait pas fondé à conclure des termes dont s'est servi le législateur, que les obligations de donner s'éteignent seules par la perte de la chose due, tandis que les obligations de faire continueraient de subsister malgré l'impossibilité survenue d'exécuter la chose promise.

En effet, quand on s'engage à donner ou à faire une chose, on suppose qu'au moment où cette chose devra être donnée ou faite, la prestation qui forme l'objet de l'obligation sera légalement ou physiquement possible. Si elle devient impossible, on se trouve dans la même position que si on n'avait rien promis, parce qu'à l'impossible nul n'est tenu. Il n'en est autrement que si l'impossibilité provient d'une faute imputable au débiteur : il doit alors des dommages-intérêts en remplacement de la chose qui ne peut plus être donnée ou faite; mais l'obligation primitive n'est pas éteinte : seulement elle se convertit en une obligation nouvelle.

Dans les obligations de donner qui sont parfaites par le seul consentement des parties, qui rendent le créancier propriétaire et qui mettent la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée (1), il y a sans doute une raison particulière pour que l'obligation du débiteur qui consiste uniquement à conserver et à livrer la chose, soit complétement éteinte quand cette chose est perdue; mais il n'en est pas moins vrai que dans les obligations de faire, quand il n'y a plus aucun moyen possible d'accomplir la chose promise, cette impossibilité, qui équivaut à une perte, délie le débiteur de son obligation d'une manière aussi complète que s'il s'agissait d'une obligation de donner une chose qui n'existerait plus.

De même donc qu'après vous avoir vendu tel cheval, je suis délié de l'obligation de le livrer, s'il vient à se perdre, par exemple, s'il est consumé dans l'incendie de l'écurie où il se trouve; de même aussi, si je me suis engagé à transporter vos marchandises du Havre à New-York sur tel navire, et qu'avant le départ ce navire vienne à périr, je suis délié de l'obli-

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1589 et suiv., et 1619.

gation d'effectuer un transport qui ne peut plus se faire de la manière convenue.

2339. Du reste, il faut remarquer, en ce qui touche les obligations de donner, que la perte n'éteint l'obligation que lorsqu'elle a pour objet un corps certain et déterminé (1); s'il s'agit de choses indéterminées, ou déterminées seulement par leur espèce, la perte d'une ou de plusieurs de ces choses ne délie pas le débiteur de l'obligation de donner d'autres choses de la même espèce, d'après la maxime : *Genus nunquam perit.*

Si donc la perte de tel cheval que je vous ai vendu me délie de l'obligation de vous le livrer, la perte de tous les chevaux de mon écurie ne me délie pas de l'obligation de vous livrer un cheval lorsque je vous ai simplement vendu un cheval, sans autre détermination que celle de sa qualité, et que d'ailleurs le choix du cheval n'a pas été limité à ceux qui se trouvaient dans mon écurie.

Cette règle reçoit même son application dans les obligations de faire, quand elles se rapportent à une chose susceptible de détermination; c'est ainsi que dans l'exemple cité tout à l'heure, l'obligation de transporter des marchandises à New-York sur tel navire spécifié, est éteinte par la perte de ce navire avant son départ; tandis que l'obligation subsisterait toujours, malgré la perte d'un ou de plusieurs navires appartenant à celui qui a pris l'engagement de transporter, s'il n'y avait pas eu détermination du navire sur lequel le transport serait effectué.

A cet égard, et pour connaître si l'objet de l'obligation est ou n'est pas déterminé, il faut examiner les termes dans lesquels est conçue la convention, et distinguer entre les termes limitatifs et les termes démonstratifs. Si les termes sont limitatifs, c'est-à-dire, s'il en résulte qu'en indiquant le lieu de la situation ou le nombre des choses certaines dont une ou plusieurs font l'objet de l'obligation, les parties ont eu l'intention de la limiter ou de la restreindre à l'une ou plusieurs de ces choses seulement, de manière qu'elle ne puisse s'étendre à d'autres, à défaut de celle-là, la perte de ces choses éteint

(1) C. civ., 1302.

l'obligation. Si au contraire les termes de l'obligation ne sont que démonstratifs, c'est-à-dire s'il en résulte que les parties n'ont eu d'autre intention que d'indiquer, de montrer le lieu et les choses où doivent être prises d'abord et de préférence celles qui sont promises, sans prétendre qu'à défaut des choses désignées l'obligation ne puisse pas s'étendre à d'autres de la même espèce, l'obligation n'est pas éteinte par la perte de toutes les choses indiquées (1).

Il peut, il est vrai, y avoir difficulté sur le point de savoir si les termes d'une convention sont limitatifs ou démonstratifs quant à l'objet auquel elle se rapporte. Mais c'est là une question d'interprétation abandonnée à la prudence des tribunaux. Il y a du reste à cet égard, en ce qui concerne les obligations de donner, et spécialement en matière de vente, des règles particulières qui décident législativement quand et comment l'objet d'une vente peut être déterminé et devenir un corps certain, d'incertain et d'indéterminé qu'il était dans l'origine. Ces règles ont déjà été expliquées dans cet ouvrage avec une étendue qui me dispense d'y revenir ici (2).

2340. De tout ce qui précède, il suit que les obligations de sommes ne sont pas susceptibles de s'éteindre par la perte de la chose due, parce qu'une somme d'argent est toujours représentée par une somme d'argent d'égale valeur. La perte de tout l'argent que le débiteur aurait à sa disposition ne porterait donc aucune atteinte à l'obligation où il est de payer. *Incendium œre alieno non exuit debitorem* (3). Par la même raison, la démonétisation des espèces promises ou stipulées laisserait subsister l'obligation dans toute sa force, parce que la somme ou valeur exprimée par les anciennes espèces abolies est également représentée par les nouvelles qui lui succèdent.

2341. Et, à cet égard, il faut bien prendre garde de ne pas confondre la perte de la chose due avec la perte du titre qui constate l'obligation. La perte du titre n'a aucun effet sur l'existence de l'obligation, sauf la difficulté et l'impossibilité

(1) Pothier, *Des oblig.*, n. 623; Toullier, t. VII, n. 445.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1619 et suiv.; 1880 et suiv.
(3) L. 2, Cod. *Si certum.*

où serait le créancier de prouver l'existence d'une obligation dont il ne représenterait pas le titre constitutif; mais, dans tous les cas où cette preuve peut être faite, l'obligation a autant de force après la perte du titre qu'elle en avait auparavant.

Le Code de commerce prévoit même le cas de perte des lettres de change et des billets à ordre, et donne au créancier les moyens de remplacer le titre qu'il a perdu (1). Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans l'examen de ses dispositions à cet égard; mais leur existence prouve, ce qui d'ailleurs est élémentaire, que l'obligation et le titre sont deux choses complétement distincts, et que l'existence de l'une n'est pas subordonnée à l'existence de l'autre.

2342. La perte de la chose, considérée comme moyen d'éteindre les obligations, doit s'entendre dans le sens le plus général, et comprend tous les cas, sans exception, où la chose est perdue, détruite et mise hors du commerce. C'est ce qui résulte clairement de l'article 1302 du Code civil, suivant lequel « lorsque le corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte... » Ce n'est donc pas seulement la perte ou destruction matérielle et absolue qui éteint l'obligation, c'est aussi la perte relative résultant de toute circonstance qui met la chose hors de la disposition du débiteur, de telle sorte qu'il y ait impossibilité physique ou morale à ce qu'il donne la chose due, ou fasse la chose promise (2).

Ainsi, je vous ai vendu une certaine quantité de marchandises qui sont sur un navire actuellement en route pour revenir en France. Dans l'intervalle et avant l'arrivée du navire, une loi de douane prohibe l'entrée de ces marchandises : je suis sans aucun doute délié de l'obligation de vous les livrer en France, puisque je ne pourrais le faire sans me mettre en contravention avec la loi, et sans commettre un délit (3). La

(1) C. comm., art. 150 et suiv.

(2) Voy. le réquisitoire de M. le président Nicias Gaillard, alors premier avocat général, S., 56, 1, 129.

(3) Voy. *sup.*, t. I, n. 568.

chose due se trouve en réalité placée hors du commerce.

Ainsi encore, je me suis chargé de transporter vos marchandises du Havre à Buenos-Ayres; mais il survient une interdiction de commerce avec le pays pour lequel le navire et vos marchandises sont destinés. Dans ce cas encore, je suis délié de l'obligation que j'avais contractée de les transporter (1).

Ces exemples suffisent pour faire comprendre le sens et l'étendue de ces expressions : *Perte de la chose due*, tant dans les obligations de faire que dans les obligations de donner.

2343. Une des questions les plus délicates qui puissent naître de l'extinction des obligations par la perte de la chose due, est celle de savoir si, dans les obligations synallagmatiques, où les deux parties sont corrélativement obligées à faire quelque chose, l'extinction de l'obligation de l'une des parties par la perte de la chose qu'elle devait donner ou faire, entraîne l'extinction de l'obligation de l'autre.

La question peut se présenter très-fréquemment et très-naturellement en matière de vente, où le vendeur contracte l'obligation de livrer et l'acheteur celle de payer le prix, et où l'on peut dès lors se demander si la perte de la chose, qui dispense le vendeur de livrer, dispense en même temps l'acheteur de payer. L'examen de cette question appliquée à la vente, en facilitera la solution, relativement à d'autres contrats, dans lesquels elle se présente d'une manière moins nette et moins dégagée d'incidents.

On sait que dans les contrats dont la nature est de transférer la propriété d'une chose, tels que la vente, le contrat est parfait par le seul consentement des parties, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, et que dès lors si, avant la livraison, la chose périt sans la faute du vendeur, la perte est pour le compte de l'acheteur (2). Il suit de là que la perte de la chose, qui dispense le vendeur de livrer, ne dispense pas l'acheteur de payer; autrement la perte ne serait pas pour l'acheteur, elle serait pour le vendeur.

(1) C. comm., art. 276.

(2) C. civ., art. 1138 et 1583. Voy. *sup.*, t. III, n. 1619.

Supposons au contraire une vente dans laquelle l'indétermination de la chose retarde la perfection du contrat, en ce sens que la propriété n'en est pas transférée, et que la chose reste aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elle ait été individualisée ou déterminée, et la solution sera diamétralement contraire : la perte de la chose, qui dispense le vendeur de la livrer, dispense l'acheteur de la payer ; autrement la perte ne serait pas pour le vendeur, elle serait pour l'acheteur. C'est ce qui a lieu spécialement quant aux choses, telles que le vin, l'huile et autres, que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, et qui, aux termes de l'article 1585 du Code civil, ne sont point vendues, tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées, puisque, jusqu'à la dégustation et à l'agrément, il est incertain si la vente sera parfaite et si l'acheteur deviendra propriétaire (1).

C'est ce qui a encore lieu quand une vente est faite au poids, au compte ou à la mesure : la vente alors, aux termes de l'article 1585 du Code civil, n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur, jusqu'à ce qu'elles soient comptées, pesées ou mesurées (2); d'où la conséquence que, dans ce cas comme dans celui qui précède, la perte des choses vendues, qui délie le vendeur de l'obligation soit de les livrer, soit de les faire peser, compter ou mesurer, délie en même temps l'acheteur de l'obligation d'en payer le prix convenu.

Mais, si, au contraire, des marchandises, bien que susceptibles d'être vendues au poids, au compte ou à la mesure, étaient vendues en bloc, la vente serait parfaite, et la chose aux risques de l'acheteur, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées, de telle sorte que la perte qui arriverait avant le comptage, le pesage ou le mesurage, ne dispenserait pas l'acheteur d'en payer le prix (3).

Enfin, quand la vente à l'essai est faite sous condition suspensive, c'est-à-dire quand sa perfection dépend de l'essai

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1625.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1622.
(3) C. civ., art. 1586. Voy. *sup.*, t. III, n. 1624.

que s'est réservé l'acheteur, les risques étant à la charge du vendeur jusqu'à ce que la chose vendue ait été essayée et agréée par l'acheteur, il faut en conclure que, dans ce cas encore, la perte de la chose délie à la fois le vendeur et l'acheteur de leurs obligations corrélatives (1).

Comme on le voit, dans ces différentes hypothèses, c'est de la perfection du contrat de vente, et de la translation de la propriété de la chose vendue, que dépend la question de savoir si la perte de cette chose, avant la livraison, en éteignant l'obligation de livrer qui incombe au vendeur, éteint aussi l'obligation corrélative de payer qui incombe à l'acheteur. Si la vente est parfaite et la propriété transférée, le vendeur est dispensé de livrer, et l'acheteur n'en est pas moins obligé de payer. Si, au contraire, la vente n'est pas encore parfaite quant à la translation de propriété, les obligations sont éteintes de part et d'autre.

C'est donc la perfection du contrat qui maintient l'une des parties dans la nécessité d'exécuter son obligation, bien que la perte de la chose ait affranchi l'autre partie de la nécessité d'exécuter la sienne, tandis que si le contrat est encore imparfait au moment où la perte de la chose vient éteindre l'obligation de l'une des parties, l'obligation de l'autre s'éteint d'elle-même, faute d'un contrat auquel elle puisse se rattacher. En d'autres termes, dans tous les cas où le contrat a donné à l'une des parties, sur la chose qu'elle a entendu acquérir, un droit absolu et définitif, indépendant de tout fait ultérieur de la part de l'autre partie et des obligations que celle-ci doit encore accomplir, la perte de la chose qui éteint les obligations de la seconde laisse subsister les obligations de la première, parce que les obligations de la première prennent leur source dans le contrat lui-même qui a produit tous ses effets, et non dans l'exécution des obligations de la seconde, qui est sans doute le complément du contrat, mais qui est inutile à sa perfection.

2344. Il suit de là que dans le contrat de louage où le locateur est obligé, non-seulement de délivrer au locataire la chose

(1) C. civ., art. 1588. Voy. *sup.*, t. III, n. 1789 et suiv.

louée, mais encore d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle est louée, et d'en faire jouir paisiblement le locataire (1), la perte de la chose pendant la durée de la location, en éteignant les obligations du locateur, éteint aussi les obligations du locataire pour le compte duquel la chose ne périt pas, puisqu'il n'en est pas propriétaire, et qui cesse d'être tenu de payer le prix du louage, dès que le locateur cesse de le maintenir dans la jouissance de la chose louée.

C'est pourquoi, aux termes de l'article 276 du Code de commerce, si, avant le départ du navire affrété, il y a interdiction de commerce avec le pays pour lequel il est destiné, la charte partie est résolue de part et d'autre.

2345. Le contrat de société étant parfait par le seul consentement des parties qui conviennent de mettre une chose en commun, et cette convention suffisant pour rendre la société propriétaire de cette chose, il en résulte que les règles ci-dessus sont applicables au contrat de société comme à tous les contrats parfaits par le seul consentement. Toutefois, il y a, en matière de société, des règles particulières qui naissent de l'objet spécial de ce contrat, et dont la combinaison avec les règles générales peut présenter quelques difficultés; ces difficultés ont été aggravées par la rédaction assez mal coordonnée de deux articles du Code civil, entre lesquels existe une apparente contradiction, et dont le sens a donné lieu aux interprétations les plus diverses.

Le premier est l'article 1865 qui met l'extinction de la chose au nombre des causes par lesquelles la société finit; le second est l'article 1867 qui est ainsi conçu : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution par rapport à tous les associés. — La société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans les mains de l'associé. — Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. »

(1) C. civ., 1719.

La contradiction apparente entre ces deux articles consiste en ce que l'article 1865 dispose d'une manière générale que l'extinction de la chose met fin à la société, tandis que l'article 1867 dispose, en termes non moins généraux, que la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée dans la société.

L'obscurité de l'article 1867 provient de ce que, en disposant que lorsqu'un associé a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés, cet article semblerait oublier le principe fondamental solennellement posé par l'article 711, suivant lequel la propriété des biens s'acquiert par l'effet des obligations, et confirmé par l'article 1138, qui déclare que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, que cette obligation rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite. Ceux-ci ont soutenu que cet article 1867 était une anomalie qui bouleversait tout le système du Code sur l'effet des obligations (1); ceux-là, qu'il était une dérogation aux principes généraux, suffisamment motivée par les exigences du contrat de société (2); tandis que d'autres, s'exagérant, comme le fait très-bien remarquer M. Troplong (3), ce qu'il peut y avoir d'obscur et d'équivoque dans l'article 1867, se sont livrés à de fort longues dissertations, pour établir que cet article n'était point en contradiction avec le système général du Code sur la transmission de la propriété et sur ses effets (4). Cette conclusion qui me paraît de la dernière évidence, n'avait pas be-

(1) Jourdan, *Thémis*, t. V, p. 480.

(2) Pardessus, *Droit comm.*, n. 988.

(3) *Du contrat de société*, n. 926.

(4) Toullier, t. VII, n. 451 et suiv. ; M. Duvergier, *Du contrat de société*, n. 421 et suiv.; Duranton, t. XII, n. 499 et suiv., et t. XVII, n. 467. Voy. aussi M. Troplong, *ubi sup.*, n. 927 et suiv. ; et un article de M. Étienne, professeur de droit romain à la Faculté de droit d'Aix, inséré dans la *Revue étrangère de législation*, 8e année, p. 363. Voy. encore sur cette matière, M. Pont, *Des sociétés*, n. 377.

soin, ce me semble, pour être mise dans tout son jour, de la peine que se sont donnée les honorables jurisconsultes qui ont traité le même sujet avant moi. Je serai donc beaucoup plus court, tout en profitant des lumières qu'ils ont jetées sur les questions qui naissent des articles 1865 et 1867, sans m'attacher cependant d'une manière exclusive à aucun des systèmes qui ont été proposés.

2346. La perte d'une chose mise en société peut avoir lieu dans plusieurs hypothèses.

Il peut d'abord y avoir perte totale de la chose ou de toutes les choses mises en société : c'est ce que l'article 1865 appelle extinction de la chose. C'est le cas prévu par Ulpien lorsqu'il dit que la société est dissoute à l'occasion des choses qui en sont l'objet quand ces choses ont cessé d'exister ou de pouvoir être mises en société, parce que la société ne peut plus exister quand elle n'a plus d'aliment : *Societas solvitur... ex rebus... cùm res aut nullæ relinquantur, aut conditionem mutaverint; neque enim ejus rei quæ jam nulla sit quisquam socius est, neque ejus quæ consecrata publicatave sit* (1). Et comme alors il s'agit d'un contrat parfait qui a reçu son exécution, comme la société est propriétaire de la chose sociale, c'est pour elle qu'est la perte; d'où il résulte, d'une part, que ce qui reste de l'actif social se partage entre tous les associés, y compris celui ou ceux qui avaient apporté la chose perdue, et qui sont assimilés à des vendeurs auxquels le prix est dû nonobstant la perte de la chose (2).

Il en est ainsi, soit que la chose sociale, dont la perte a été entière, consiste dans la propriété même de la chose, soit qu'elle consiste dans sa jouissance. C'est la disposition du deuxième paragraphe de l'article 1867, aux termes duquel la société est entièrement dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé. Et cette dissolution produit les mêmes effets que celle qui a lieu par suite de la perte de la chose dont la propriété a été mise

(1) L. 63, § 10, ff. *Pro socio*.
(2) Voy. *sup.*, n. 2345.

en société. La perte de la chose dont la ouissance seule est sociale, est, sans doute, pour le compte de l'associé qui en a conservé la propriété; mais, bien qu'il ne puisse plus faire jouir la société, cependant, comme celle-ci est dissoute, qu'il y a lieu dès lors au partage de l'actif, et que la jouissance dont la société a profité jusque-là, a concouru à la formation de cet actif, l'associé a droit à sa part dans cet actif, aussi bien que s'il avait apporté en société la propriété même de la chose. Si donc l'associé est délié par la perte de la chose de l'obligation de faire jouir la société dont cette perte entraîne la dissolution, la société ou les associés ne sont pas déliés de leurs obligations envers lui : par où l'on voit que si l'associé qui a apporté la propriété d'une chose en société est, en cas de perte de cette chose, assimilable à un vendeur, celui qui n'en a apporté que la jouissance n'est pas complétement assimilable à un locateur (1).

Enfin, il en est encore ainsi lorsque l'apport dont la perte totale entraîne la dissolution de la société, n'a pas encore été réalisé. « Lorsque l'un des associés, dit le premier paragraphe de l'article 1867, a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. » C'est cette disposition qui a donné lieu aux controverses les plus longues et peut-être les plus inutiles. On a prétendu, tantôt qu'elle exigeait la tradition de la chose pour rendre la société propriétaire ; tantôt, pour prouver qu'elle ne s'écartait pas des principes du droit commun sur l'effet des obligations, on s'est jeté dans les discussions les plus longues et les plus embrouillées sur l'origine, et la formation de l'article 1867, tandis qu'il est manifeste, ainsi que l'a fort bien prouvé M. Troplong (2), que le cas spécial qu'il a en vue est celui de la perte d'une chose non pas acquise, mais simplement destinée à la société ; qu'il se rapporte à une promesse de mettre, *in futurum*, une chose en commun, à une convention qui se borne à donner à une

(1) Voy. cependant M. Troplong, n. 943 et suiv.
(2) *Du contrat de société*, n. 928 et suiv.

chose une destination sociale, mais où l'intention des parties renvoie la mise en commun à une époque future, comme lorsqu'on promet de mettre en société un navire qui est encore en cours de voyage. Ceci posé, il est clair que la perte d'une chose promise, mais non encore apportée, doit entraîner la dissolution de la société aussi bien que si cette chose avait déjà été apportée, puisque, dans un cas comme dans l'autre, la société manque d'aliment. Toutefois, il y a, dans ce cas, cette remarque à faire, que la chose non encore apportée périt plutôt pour l'associé que pour la société qui n'en était pas encore devenue propriétaire, de telle sorte que l'associé qui n'a rien apporté, n'a rien à retirer ni rien à prendre de ce chef dans le partage qui suit la dissolution de la société dans laquelle il n'a figuré que d'une manière conditionnelle.

Voilà pour ce qui regarde la perte totale de la chose ou de toutes les choses mises en société, *l'extinction de la chose* suivant l'expression énergique de l'article 1865.

2347. Mais si la perte, au lieu d'être totale, n'était que partielle, la société pourrait continuer. C'est l'hypothèse à laquelle se rapporte le dernier paragraphe de l'article 1867, aux termes duquel la société n'est pas rompue par la perte de la chose, dont la propriété a déjà été apportée dans la société. Si l'existence de la société ne dépend pas essentiellement de l'existence de cette chose, sa perte est pour la société, qui continue de fonctionner comme par le passé.

En serait-il ainsi si la perte partielle portait sur une chose dont la jouissance a été mise en société de telle sorte que, nonobstant la perte de cette jouissance, la société conservât encore un aliment ? Non : il y aurait dissolution de la société comme dans le cas d'extinction ou de perte totale des choses sociales, parce que l'associé qui avait conservé la propriété de la chose cesserait, en ne faisant pas jouir la société, de remplir les conditions de l'association. Mais, dans ce cas comme dans celui de perte totale, il aurait droit au partage de l'actif à la formation duquel il aurait coopéré.

Il faut en dire autant, et par la même raison, du cas où la perte partielle porterait sur une chose promise mais non en-

core apportée, puisque cet apport serait une condition de l'association, aussi bien que celui qui consiste dans la jouissance, en faisant seulement remarquer que dans ce cas celui qui n'aurait rien apporté ne pourrait prendre part au partage de la société dissoute.

On voit donc que les effets de la perte de la chose due ne sont pas toujours faciles à déterminer, et que la rédaction du Code n'est pas toujours de nature à diminuer la difficulté.

2348. C'est au surplus une chose digne de remarque que l'imperfection et l'incohérence des dispositions relatives aux effets de la perte de la chose due. Nous venons de voir combien l'article 1867 a donné prise à la critique sous le rapport de la clarté, en semblant subordonner la transmission de propriété à la tradition en matière de société. Voici maintenant l'article 1303 qui a commis sans aucun doute la faute qu'on reproche à tort à l'article 1867, lequel, s'il pèche par la rédaction, ne pèche pas par le fond.

Aux termes de l'article 1303, lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier. Cette disposition a été textuellement copiée de Pothier (1), qui écrivait sous l'influence des principes de l'ancienne jurisprudence, où la propriété n'était transférée que par la tradition ; mais elle fait évidemment disparate dans le Code civil où la propriété du corps certain et déterminé, dont la perte n'a d'autre effet que d'éteindre l'obligation de la délivrance, étant transférée par l'effet de la convention (2), les actions relatives à la chose suivent évidemment la propriété de cette chose et appartiennent de plein droit au créancier, sans qu'il soit nécessaire que le débiteur les lui cède. L'article 1303 renferme donc une règle sans objet et qui doit être réputée non écrite (3). Il y aurait, en effet, une contradiction intolérable à reconnaître que la propriété du principal est trans-

(1) *Oblig.*, n. 634.
(2) C. civ., 711, 1138.
(3) Marcadé, sur l'art. 1303.

mise par la force de la convention et sans tradition effective, et à vouloir qu'une tradition fût nécessaire pour transmettre la propriété de l'accessoire. Si donc le débiteur d'une chose périe par la faute d'un tiers vient à tomber en faillite, l'action en indemnité contre le tiers auteur de la perte, doit profiter, non à tous les créanciers du failli, comme si cette action faisait partie de son actif, mais au créancier à qui la chose était due, qui seul peut exercer cette action, indépendamment de toute cession, que le failli n'aurait pas d'ailleurs le droit de faire dans le cas où il serait demeuré propriétaire de l'action.

2349. Il y a exception à la règle que l'obligation est éteinte par la perte de la chose qui en était l'objet, lorsque cette perte a eu lieu par la faute du débiteur, ou lorsqu'il était en demeure d'exécuter l'obligation, ou bien encore quand il s'est chargé des cas fortuits. L'obligation primitive se convertit alors en une obligation de dommages-intérêts (1).

Toutefois, lorsque le débiteur en demeure ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose serait également périe chez le créancier, si elle lui avait été livrée. Mais le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue (2).

Je renvoie, pour les explications relatives à la faute, à la mise en demeure et au cas fortuit, aux détails dans lesquels je suis déjà entré à cet égard (3).

SECTION VII. — DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES OBLIGATIONS.

SOMMAIRE. — 2350. L'action en nullité ou rescision n'est pas, à proprement parler, une cause d'extinction des obligations. — 2351. Distinction entre l'action en nullité et l'action en rescision. — 2352. Différentes sortes de nullités. — 2353. Causes de nullité. Renvoi. — 2354. Action en rescision pour cause de lésion. — 2355. L'action en rescision pour cause de lésion n'a pas lieu en matière de vente commerciale. — 2356. Durée de l'action en nullité ou en rescision. — 2357. En matière de concordat. — 2358. Distinction entre les actions en nullité ou rescision, et les actions en résolu-

(1) C. civ., 1302.
(2) *Ibid.*
(3) Voy. *sup.*, t. III, n. 1614 et suiv., 1632 et suiv., 1663 et suiv.

tion ou en répétition. Répétition d'intérêts usuraires. — 2359. Transition au chapitre suivant.

2350. L'action en nullité ou en rescision des conventions n'est pas, à proprement parler, une cause d'extinction des obligations. Elle a plutôt pour résultat de faire qu'il n'existe pas d'obligation, que d'éteindre une obligation réellement existante.

2351. Le Code civil emploie indifféremment, dans la plupart des cas, les expressions d'*action en nullité* ou d'*action en rescision;* cependant il ne confond pas absolument ces deux actions.

L'action en nullité, que le Code appelle aussi quelquefois action en rescision, est celle par laquelle on demande la nullité d'une obligation qui ne réunit pas toutes les conditions exigées pour son objet, soit quant aux personnes, soit quant à leur consentement.

L'action en rescision, que le Code ne qualifie jamais d'action en nullité, est celle par laquelle on demande la rétractation d'une obligation, d'ailleurs valable et régulière, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésion.

2352. Je n'entrerai pas ici dans la théorie des nullités, ni dans l'examen des systèmes sur les nullités absolues ou radicales et sur les nullités relatives. Ce qui en définitive distingue les unes des autres, c'est qu'on ne peut renoncer à se prévaloir des premières, tandis que les secondes peuvent être couvertes par la renonciation de celui qui avait le droit de les proposer. Mais quand il s'agit de nullité des obligations, ni les nullités relatives ni les nullités absolues n'existent de plein droit : elles doivent être prononcées par jugement.

2353. Les nullités dont les obligations peuvent être atteintes sont établies, soit par les dispositions qui règlent les formes et les conditions particulières à chaque espèce d'obligation ou de contrat, soit par les dispositions qui règlent les conditions générales desquelles dépend la validité de toutes les obligations.

Il ne s'agit pas ici d'entrer dans l'examen des causes particulières de nullité, dont il ne peut être utilement et convenablement traité qu'à l'occasion des matières auxquelles elles se rapportent. Il s'agit d'exposer comment l'absence des conditions générales requises pour la validité des obligations peut être une cause de nullité de ces mêmes obligations. C'est là un point que j'ai déjà traité, soit en exposant les principes relatifs à la capacité des personnes, aux droits des mineurs, des femmes, et les règles sur les diverses sortes d'incapables (1), soit en expliquant les dispositions du Code civil sur le consentement nécessaire à la formation des obligations, sur leur objet et sur leur cause (2).

2354. Quant à l'action en rescision pour cause de lésion : on peut la considérer, soit comme un privilége accordé à certaines personnes à raison de leur position spéciale, soit comme un moyen ouvert à toutes personnes pour se faire restituer contre les conventions qui leur portent préjudice.

L'action en rescision pour cause de lésion, considérée comme privilége personnel, est ouverte aux mineurs, suivant les règles que j'ai déjà exposées en traitant de la capacité des mineurs commerçants ou non commerçants.

2355. L'action en rescision, considérée comme moyen ouvert à toutes personnes, est réglée par les dispositions particulières à chaque espèce de contrat (3). Ainsi, elle est réglée en matière de vente, par les articles 1674 et suivants du Code civil; par l'article 1706, en matière d'échange; par les articles 2053 et suivants, en matière de transaction. Il est au surplus à remarquer que la rescision pour cause de lésion, qui en matière civile n'a pas lieu en fait de meubles (4), n'a pas lieu, non plus, en matière

(1) Voy. t. II, les chapitres relatifs aux mineurs, aux interdits, aux femmes, aux faillis.

(1) Voy. *sup.*, chap. II, sect. I et suiv.

(2) Voy. *sup.*, t. II, n. 1031 et suiv., 1106 et suiv.

(3) C. civ., 1118 et 1813.

(4) Pothier, *De la vente*, n. 340; M. Troplong, n. 789; M. Pardessus, n. 177.

commerciale. La raison en est que les immeubles ont une valeur à peu près fixe qui permet de déterminer et de reconnaître le taux de la lésion, tandis que la valeur des objets mobiliers et des marchandises, beaucoup plus arbitraire (1), ne permet pas d'asseoir les bases d'une estimation juste et équitable. Il y a d'ailleurs dans les ventes commerciales quelque chose d'aléatoire qui exclut jusqu'à la possibilité d'une action en rescision pour cause de lésion.

2356. Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans (2). Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur, ou de dol, que du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage. Il ne court, à l'égard des actes faits par les incapables, que du jour où l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de leur majorité (3).

Ces dispositions ne sont pas de nature à recevoir une application habituelle aux matières commerciales. Dans le commerce, l'effet des contrats ne se prolonge pas assez longtemps pour qu'au bout de dix ans il y ait lieu de revenir sur une affaire que le cours naturel et rapide des événements a rejetée au nombre des faits accomplis. Cependant, il n'est pas impossible qu'il se présente des circonstances où il y ait lieu de recourir à l'application de l'article 1304 du Code civil.

2357. Ainsi, aux termes de l'article 518 du Code de commerce, aucune action en nullité d'un concordat n'est recevable, après l'homologation, que pour cause de dol découvert depuis cette homologation et résultant soit de la dissimulation

(1) *Est autem æqualitas nihil aliud quàm æstimatio mutua, voluntaria, bonâ fide facta.* (Joan. Nider, *De contractibus mercat.*, n. 9.)

(2) C. civ., 1304.

(3) *Ibid.*

de l'actif, soit de l'exagération du passif. Évidemment cette action dure dix ans, à partir de la découverte du dol ou de la fraude. Sous l'empire des anciennes dispositions du Code de commerce sur les faillites, on avait soulevé la question de savoir si l'action en nullité pour cause de dol et de fraude était ouverte contre le concordat, et si l'ancien article 523 qui, de même que le nouvel article 512, ouvre aux créanciers la voie de l'opposition pendant huitaine, contre le concordat, n'était pas exclusif d'une action en nullité ouverte pendant plus de huit jours et pendant dix ans. La jurisprudence s'était prononcée en faveur de l'action en nullité pour cause de dol et de fraude (1), et la loi nouvelle a confirmé la jurisprudence.

2358. Il faut remarquer que le délai de dix ans, auquel est limitée la durée des actions en nullité ou en rescision, n'est pas applicable aux actions qui ne constituent pas des actions en nullité ou en rescision proprement dites, bien qu'elles aient pour objet de revenir contre les effets d'un acte ou d'une obligation. Ainsi l'action en résolution des contrats est soumise à la même prescription que les actions ordinaires; il en est ainsi de l'action en répétition d'une somme indûment payée, et, par suite, de l'action en restitution d'intérêts usuraires, qui ne sont jamais légitimement dus, puisque celui qui les paye ne peut jamais valablement consentir à les payer, ni renoncer à les répéter (2). Du reste, si un contrat usuraire était déguisé sous la couleur d'un acte légitime, on ne pourrait arriver à l'action en répétition qu'après avoir fait reconnaître l'usure; et comme l'usure serait déguisée à l'aide du dol et de la fraude, l'action tendant à faire déclarer l'existence de l'usure deviendrait une véritable action en nullité qui ne durerait que dix ans.

2359. Je n'en dirai pas davantage sur cette matière d'un intérêt fort secondaire, et je me hâte d'arriver à un sujet

(1) Rouen, 14 avril 1813, S., 4, 2, 292; D., 8, 1, 145, et Cass., 11 déc. 1857, S., 8, 1, 720.

(2) Cass. 16 janv. 1837, S., 37, 1, 234; D., 37, 1, 150.

qui tient une grande place dans le droit civil et dans le droit commercial à *la preuve des obligations et à celle du payement*.

CHAPITRE VI

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAYEMENT.

2360. Nous avons vu dans les chapitres précédents comment se forment les obligations conventionnelles, quels effets elles produisent et comment elles s'éteignent ; nous allons voir maintenant comment se prouvent la formation, l'existence et l'extinction des obligations.

La formation d'une obligation, son existence, son extinction, sont indépendantes de la preuve qui en est faite : en d'autres termes, la preuve de la formation, de l'existence ou de l'extinction d'une obligation n'est pas une condition de la consistance de ces différents faits considérés abstractivement et en eux-mêmes. Mais quand une partie intéressée nie l'existence ou affirme l'extinction d'une obligation dont un créancier réclame l'exécution, il faut bien en arriver à prouver qu'une obligation s'est formée, et que cette obligation est ou n'est pas éteinte. En ce sens, la preuve de l'obligation est une condition de l'obligation, ou, ce qui revient au même, du droit prétendu par le créancier de la ramener juridiquement à

exécution, de même que la preuve de l'extinction est une condition de la libération invoquée par ceux qui ont intérêt à s'en prévaloir.

2361. C'est donc à celui qui réclame l'exécution d'une obligation à la prouver; et à celui qui se prétend libéré, à justifier du payement ou du fait qui a produit l'extinction de son obligation (1). D'où il suit que c'est une règle beaucoup trop générale que celle qu'on a cherché quelquefois à faire prévaloir, et qui consiste à dire que c'est à celui qui affirme à prouver son affirmation, et que celui qui nie n'a aucune preuve à faire. Tout demandeur est tenu de prouver sa demande, soit qu'elle repose sur une affirmation, soit qu'elle repose sur une négation; s'il suffit au défendeur de se renfermer dans une négative pure, tant que le demandeur ne prouve pas le fondement de son action, le défendeur lui-même est tenu de prouver sa négative dès qu'elle contient l'articulation d'un fait positif ou d'une exception servant de défense à la demande principale (2). C'est ce que les docteurs ont fort bien exprimé en disant : *Quod ubi reus simpliciter neget, probare non debeat negativam, quia nihil petit; secùs autem ubi replicet vel excipiat, quia ita negando petit* (3).

2362. C'est pourquoi, ainsi que je l'ai déjà expliqué en traitant de la cause des obligations (4), c'est au débiteur qui prétend que la cause exprimée dans le billet dont on lui demande le payement n'existe pas, à prouver la négation qui se résout en une affirmation véritable. Le droit romain avait sur ce point une règle contraire : quand le défendeur opposait au demandeur le défaut de cause, *exceptionem non numeratæ pecuniæ*, c'était au créancier demandeur à prouver la réalité de la cause exprimée (5). Mais, en France, on était revenu aux principes

(1) C. civ., 1315.

(2) Toullier, t. VIII, n. 14 et suiv.; Duranton, t. XIII, n. 2 et suiv.; M. Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. I; Domat., liv. III, tit. VI, sect. I; M. Bonnier, *Des preuves*, n. 39 et suiv.

(3) Mascardus, *De probat. concl.*, 1247, n. 5; Casaregis, *Disc.* 186, n. 13.

(4) Voy. *sup.*, t. III, n. 1569.

(5) L. VII et VIII, au Code *De non numeratâ pecuniâ*. — *Effectus majus exceptionis hic est, quòd rejiciat onus probandi in adversarium, ità ut donec*

du droit commun dès le temps des anciennes coutumes, ainsi qu'on le voit, notamment par la coutume du Berry, qui portait textuellement que « l'exception d'argent non nombré n'a pas lieu pour charger de preuve le demandeur qui a une obligation ou cédule reconnue; « et c'est en ce sens que Loisel, dans ses *Maximes du droit français*, formule cette règle générale que « exception de pécune non nombrée, ni de marchandise non livrée, n'aura lieu (1) : » ce qui ne veut pas dire qu'on ne puisse exciper du défaut de cause d'une obligation, mais ce qui veut seulement dire que c'est à la partie qui allègue ce défaut de cause à en faire la preuve (2).

2363. De ce que c'est à celui qui allègue à prouver son allégation, soit qu'elle ait pour objet une affirmation ou une négation, soit qu'elle porte sur l'existence, soit qu'elle porte sur l'extinction de l'obligation, il en résulte que, jusqu'à ce que celui qui allègue ait prouvé son allégation, l'autre partie n'a qu'à rester dans l'inaction et à se renfermer dans le silence. On ne peut l'obliger à en sortir pour fournir à son adversaire les moyens de faire la preuve qui lui incombe : *Nemo tenetur edere contrà se*. Néanmoins, comme nous le verrons plus tard, cette règle reçoit une exception notable en matière de commerce, dans le cas où un négociant est tenu de produire ses livres qui font preuve contre lui (3).

2364. Dire pourquoi la preuve est nécessaire et comment elle peut être exigée, c'est déjà dire ce que c'est qu'une preuve. Cependant il est nécessaire d'entrer, à cet égard, dans quelques explications.

Domat définit généralement la preuve, tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité (4); et il définit particulièrement la preuve juridique, toute manière réglée par les lois pour établir avec

is probaverit numerationem à se factam, non cogatur ad solutionem debitor. Perezius, *ad Cod.*, lib. IV, tit. XXX, n. 6.

(1) Liv. V, tit. II.

(2) Sur la preuve du défaut de cause en matière commerciale, voy. *sup.*, t. III, n. 1562.

(3) Voy. *inf.*, sect. I, § 6, art. 1.

(4) Préambule du titre *Des preuves et présomptions*.

certitude la vérité d'un fait contesté (1). Il y a, en effet, une grande différence entre la preuve, dans l'acception philosophique de ce mot et la preuve juridique. Toute preuve de nature à faire impression, à persuader ou à convaincre les hommes selon le plus ou le moins de facilité qu'ils ont à admettre la vérité d'un fait allégué, ne constitue pas une preuve juridique ; il n'y a de preuve juridique que celle qui remplit les conditions nécessaires pour pouvoir être admise en justice et servir de base légale à la déclaration du juge; en d'autres termes, toute preuve de nature à faire impression sur la conscience du magistrat considéré comme homme, n'est pas de nature à motiver légalement sa décision. D'un autre côté, sauf les preuves mathématiques qui conduisent à la certitude des faits simples ou des vérités de fait, à l'évidence desquelles l'esprit ne peut se refuser, il n'y a pas de preuve absolue et *à priori*. La force probante d'un raisonnement, comme d'un fait, c'est-à-dire la conclusion de ce qu'on sait à ce qu'on ignore, de ce qu'on voit à ce qu'on ne voit pas, la liaison de l'un à l'autre, n'apparaît pas également à toutes les intelligences. En droit, au contraire, s'il y a des preuves relatives, il y a aussi des preuves absolues; s'il y a des faits dont la loi permet aux juges d'apprécier les conséquences et qui restent soumis aux conditions générales des preuves dont la force dépend des dispositions de celui qu'il s'agit de convaincre, il y en a d'autres dont la loi détermine inévitablement les conséquences, sans qu'il soit permis au juge de s'en écarter.

2365. Il suit de là que le juge, tenu de se décider d'après des preuves juridiques, ne peut jamais s'en rapporter à la connaissance personnelle qu'il aurait des faits sur lesquels il est appelé à prononcer. Cette connaissance personnelle, acquise en dehors des fonctions du juge et par des moyens qui n'ont pas subi l'épreuve de la contradiction, ne peut avoir aucun caractère légal ni produire aucune conséquence juridique. C'est ce qui a été jugé par la cour de Riom le 3 novembre 1809, dans une espèce où il s'agissait de savoir si un défendeur, assigné comme marchand devant un tribunal de commerce,

(1) *Des preuves en général*, n. 1.

avait réellement cette qualité. Le défendeur, pour décliner la compétence du tribunal de commerce, soutenait qu'il n'était pas négociant et demandait à le prouver par témoins; et le tribunal de commerce d'Issoire avait rejeté cette exception, en se fondant sur la connaissance personnelle qu'il avait de la qualité du défendeur. Mais, sur l'appel, ce jugement a été réformé par l'arrêt précité, attendu que les juges de première instance n'avaient pu ni dû juger un fait de commerce d'après leur seule connaissance personnelle (1).

C'est donc un devoir pour le juge de ne pas écouter les impressions personnelles qu'il a pu acquérir en dehors de l'instruction du procès, de se défaire des idées préconçues et de chercher à éclairer son opinion particulière au flambeau de la discussion. Mais il est évident que ce devoir n'a d'autre sanction que la conscience du magistrat, qui ne doit compte qu'à lui-même et à Dieu des motif secrets et intérieurs auxquels il obéit plus ou moins volontairement. Tout ce que la loi peut exiger de lui, c'est que, dans les motifs exprimés de sa décision, il ne fasse figurer que des motifs légaux et résultant d'une conviction acquise par des voies juridiques; cela suffit à la régularité du jugement, qui est protégé par la forme et par les apparences extérieures; et c'est au magistrat à décider si cela suffit à l'acquit de sa conscience.

2366. A cet égard, la règle est la même en matière commerciale qu'en matière civile. Il n'est pas plus permis au juge de commerce qu'au juge civil d'entrer, pour chercher la verité, dans une voie que la loi lui interdit. La loi commerciale est plus large que la loi civile dans l'admission des preuves et des moyens; mais le juge ne doit jamais être plus large que la loi. Dans quelque ordre d'idées que l'on se place, la découverte de la vérité présente toujours un intérêt égal ; et si l'appréciation des preuves est toujours une question d'équité et de conscience pour les juges commerciaux comme pour les juges civils, l'admission des moyens de preuves est, pour les uns comme pour les autres, une question de légalité. *Nùm inter mercatores et in eorum curiâ*, dit Straccha, *probationes*

(1) S., 3, 2, 143. Voy. Toullier, t. VIII, n. 39.

quæ regulariter pro legitimis non habentur, admittendæ sunt tanquam legitimæ? Dicet aliquis cum ex æquitate procedendum sit, verisimilem probationem à judicibus mercatorum qui boni viri sunt quique æquitatis amatores esse debent, admittendam esse.... Mihi autem in propositâ quæstione respondendum videtur jus singulare in probationibus in curiâ mercatorum constituendum esse et non propterea legitimæ probationes requirantur, nec verisimiles sufficiant. Idque eleganter probavit Socinius (*In cons.* 120, *Cum in præsenti*, etc., col. 7, vers. *Nec exeo*, lib. I). *Ait enim in curiâ mercatorum probationes legitimas esse debere; tantum enim rejectæ videntur cavillationes et illegitimæ defensiones cùm autem probationes veritatem respiciant, et merita causæ, non autem rigorem juris in procedendo, concludendum meritò videtur probationes legitimas esse oportere, et consequenter ex æquitate procedendum esse quæ juri conformis sit* (1). Si telle était la doctrine à une époque où les limites du droit commercial n'étaient pas déterminées comme aujourd'hui, à plus forte raison ne peut-on pas élever, de nos jours, les doutes qu'on élevait autrefois sur le devoir des juges de commerce de se renfermer dans les moyens de preuves autorisés par la loi.

2367. Au surplus, bien que la vérité soit une, il y a tant de manières de la prouver, et le degré d'autorité des preuves est soumis à tant de variations, selon les temps, les lieux et les personnes, que la meilleure loi est celle qui laisse au juge le plus de latitude dans le choix des moyens propres à le conduire à la découverte de la vérité. Il y a plus d'un inconvénient à emprisonner le juge dans un cercle de preuves nécessaires, et à le mettre dans l'alternative de mentir à sa conscience en niant un fait qui lui paraît évident, mais qui n'est pas légalement prouvé par les moyens spécialement autorisés pour ce fait particulier, ou de mentir à la vérité légale en attribuant aux moyens de preuves autorisés un résultat qui est dû à des moyens non autorisés. La loi romaine, si formaliste d'ailleurs, était donc dans le vrai, lorsque, par l'organe de l'empereur Adrien, elle reconnaissait qu'il était impossible de déterminer

(1) Straccha, *Quomodo in causis mercatorum procedendum sit. De probationibus*, n. 1.

les moyens de preuves convenables à chaque fait particulier, et recommandait aux juges, au lieu de s'astreindre à suivre une voie particulière, de s'engager dans toutes celles qui paraissaient devoir les conduire à la découverte de la vérité : *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant nullo certo modo satis definiri potest; sicut non semper ità sæpè sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur, aliàs numerus testium, aliàs dignitas et auctoritas, aliàs veluti consentiens fama confirmat rei de quâ quæritur fidem. Hoc ergo solùm tibi rescribere possum summatim ; non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententiâ animi tui te æstimare oporteret quid aut credes aut parùm probatum tibi opinaris* (1).

Sans laisser aux juges autant de latitude que la loi romaine, la loi française, surtout en matière commerciale, leur donne cependant une certaine liberté. S'il y a des contrats qui ne peuvent se prouver que par certains moyens spécialement déterminés, il y en a d'autres qui peuvent se prouver par toutes sortes de preuves; s'il y a des faits probants contre lesquels aucune preuve contraire n'est admise, il y en a d'autres qui, loin d'exclure la preuve contraire, la provoquent, et dont l'autorité résulte principalement de la contradiction.

Les preuves juridiques sont donc de plusieurs sortes : il y a les preuves générales, qui s'appliquent à toutes sortes d'actes ou d'obligations, et les preuves spéciales, qui s'appliquent à quelques obligations particulières. Il y a les preuves nécessaires, qui sont complètes et absolues en ce sens qu'elles n'ont besoin d'être fortifiées par aucune autre, et les preuves facultatives, dont la force dépend du degré de confiance que les juges croient devoir leur accorder, et qui peuvent être corroborées ou combattues par d'autres. Nous verrons des exemples de ces distinctions et de ces différences à mesure que nous traiterons des différents modes de preuve.

2368. Considérées sous le rapport de leurs sources, les preuves se réduisent à trois espèces particulières : la preuve écrite, la preuve orale, qui, l'une et l'autre, sont le témoignage de

(1) L. 1, § 3, ff. *De testibus*.

l'homme, verbal ou écrit ; et les inductions qui se tirent par la voie du raisonnement d'un fait connu à un fait inconnu, et qu'on peut embrasser sous la dénomination générale de présomptions, parce qu'il n'est pas dans leur nature de produire une certitude absolue, et qu'elles reposent sur un ensemble de notions dont la réunion permet de croire à la vérité d'un fait et le rend plus probable que le fait contraire.

2369. Cette division rationnelle n'a pas été exactement suivie par le Code civil, qui admet cinq modes de preuves : la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment (1). L'aveu de la partie et le serment rentrent dans la preuve orale, et le législateur les fait figurer parmi les présomptions, bien qu'ils soient de nature à constituer une preuve complète et proprement dite. On peut en dire autant de l'autorité de la chose jugée, que le Code classe parmi les présomptions, bien qu'au fond la preuve qui résulte de l'autorité de la chose jugée soit une preuve littérale (2).

2370. On trouve, dans l'article 109 du Code de commerce, une énumération des modes de preuves admis en matière commerciale, à laquelle on peut adresser un autre reproche, le reproche d'être incomplète. Aux termes de cet article, les achats et les ventes se constatent par actes publics, par actes sous signatures privées, par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties, par une facture acceptée par la correspondance, par les livres des parties, et enfin par la preuve testimoniale. Cet article ne parle pas des présomptions, de l'aveu de la partie et du serment. Mais il est bien évident que les contrats commerciaux peuvent aussi se constater par les présomptions, par l'aveu de la partie, par le serment, parce que ces modes de preuves sont de droit commun, et qu'on ne pourrait, sans se mettre en opposition avec les nécessités les mieux établies, refuser aux obligations commerciales, rapidement conçues et exé-

(1) C. civ., 1315.
(2) *Ibid.*, 1350.

cutées, des moyens de preuve qu'on accorde aux obligations civiles dont on a tout le temps de constater la formation.

Néanmoins, dans l'examen de ces divers moyens de preuves, je suivrai, pour plus de clarté, l'ordre et la division adoptés par le Code de commerce, en les combinant avec la division générale établie par le Code civil.

2371. Mais, auparavant, je dois faire deux remarques générales sur le sens et la portée de l'article 109 du Code de commerce.

La première, c'est que cet article 109, bien qu'il ne parle que des achats et ventes, est cependant applicable à tous les contrats commerciaux pour la preuve desquels un certain mode de preuve n'est pas spécialement exigé. Il y a sans doute des modes de preuve, parmi ceux qu'il énumère, qui ne sont applicables qu'aux achats et ventes proprement dits : tels sont les bordereaux des agents de change ou des courtiers, les factures. Mais tous les actes commerciaux se résolvant en définitive en un achat ou une vente, ou conduisant à un achat ou à une vente (1), peuvent, en règle générale, se prouver par les autres moyens énumérés dans l'article 109, à moins qu'une exception spéciale ne les soumette à des règles particulières.

2372. La seconde, c'est que l'ordre dans lequel l'article 109 énumère les preuves indique en même temps l'ordre dans lequel elles doivent être admises, soit qu'elles concourent ensemble, soit à défaut les unes des autres (2). Il suit de là que la production d'un acte public dispense de rechercher s'il y a un acte sous seing privé; que celle d'un acte sous seing privé dispense de rechercher s'il y a un bordereau, et ainsi de suite ; tandis que la preuve résultant, par exemple, de la correspondance ou des livres des parties, peut être détruite par celle qui résulterait d'un acte public ou sous seing privé. Du reste, on comprend que la force respective de ces divers moyens de preuve dépend, en grande partie, du sens que l'interprétation reconnaît aux actes ou documents dans lesquels

(1) Voy. *sup.*, t. I, n. 10.

(2) Rapport de M. Panvillier, au Corps législatif, p. 39.

on prétend les trouver, et que, sous ce point de vue, un acte sous seing privé peut, en certains cas, l'emporter sur un acte authentique, et la correspondance sur un acte sous seing privé.

2373. Quant à la preuve testimoniale, nous verrons plus tard si elle peut être admise concurremment avec les autres moyens de preuve ou de préférence à ces moyens (1). Bornons-nous, quant à présent, à poser en principe que l'article 109 laisse aux tribunaux de commerce, dans l'admission de la preuve testimoniale, une latitude que n'ont pas les tribunaux civils, en leur permettant de l'admettre quelle que soit la somme à laquelle s'élève l'intérêt de la contestation, et sans commencement de preuve par écrit. C'est là un point dont la justification viendra en son lieu (2), mais qu'on peut dès à présent tenir pour certain, et dont nous tirerons bientôt des conséquences fort importantes.

SECTION I. — *De la preuve littérale.*

Sommaire. — 2374. Ce que c'est que la preuve littérale. — 2375. Écrits desquels elle résulte. Des actes. Acte authentique; acte sous seing-privé. — 2376. Différence entre les actes sous seing privé et les écritures privées. — 2377. Des tailles. — 2378. Titre original... primordial. Acte recognitif... confirmatif. — 2379. De la foi et de l'autorité des actes selon les personnes à qui on les oppose. De la foi due à l'acte authentique et aux actes sous signature privée. — 2380. Dispositions du Code à cet égard. — 2281. Foi due aux actes entre les contractants et leurs héritiers. — 2382. Entre les ayants-cause et les tiers : ce qu'on entend par tiers et par ayant-cause. — 2383. Distinction entre le dispositif des actes et ce qui y est exprimé en termes énonciatifs.

2374. Comme nous l'avons vu tout à l'heure, le témoignage de l'homme, écrit ou verbal, est la principale source des preuves : la preuve littérale est celle qui repose sur le témoignage écrit.

2375. La preuve littérale peut résulter de diverses sortes d'écrits.

Si un écrit est spécialement rédigé pour constater contra-

(1) Voy. *inf.*, sect. II.
(2) Voy. *ibid.*

dictoirement certains faits ou certaines conventions, cet écrit est ce qu'on appelle un *acte*, un *titre* ou un *contrat*, en transportant ainsi à l'écrit qui constate l'acte (*quod actum est*), le contrat ou le titre résultant du contrat, le nom de la chose constatée. C'est l'*instrumentum*, l'*instrument* de la loi romaine, expression qu'un néologisme de bon aloi finira, je l'espère, par faire entrer de plus en plus dans le langage de la jurisprudence.

L'acte est *authentique* quand il est rédigé par un officier public ayant qualité ; il est *privé* quand il est l'œuvre des parties.

2376. Si une écriture privée, tout en constatant ou en rappelant un fait, n'a pas eu pour but de le constater d'une manière contradictoire, de telle sorte qu'on ne puisse pas y avoir un *acte* proprement dit, un *instrument,* elle rentre dans la classe des documents compris sous la dénomination de *papiers domestiques:* telle est la *correspondance*, tels sont les *livres* ou *registres*, dont la force probante acquiert en matière commerciale une énergie qu'elle n'a pas dans les matières purement civiles.

2377. On assimile à la preuve littérale les *tailles* corrélatives à leurs échantillons, dans lesquelles un signe de convention remplace les signes écrits ou les caractères de l'écriture.

2378. Enfin l'autorité ou la force probante des titres varie suivant qu'il s'agit d'un *titre original,* ou d'une *copie*, d'un *titre primordial*, ou d'un *acte récognitif* ou *confirmatif.*

2379. Avant d'entrer dans l'examen de ces différentes sortes de preuve littérale, je dois faire une observation qui leur est commune, mais qui s'applique plus particulièrement aux actes authentiques et aux actes privés.

Cette observation porte sur le plus ou le moins d'autorité des actes, selon les personnes qui s'en prévalent ou à qui on les oppose.

Pothier a établi sur ce point une théorie dont il avait puisé les éléments dans Dumoulin, et que le Code civil s'est borné à reproduire.

Suivant Pothier, les actes authentiques font foi contre les

parties, leurs héritiers et ceux qui sont en leurs droits. Ils font pleine foi contre ces personnes de tout le dispositif de l'acte, c'est-à-dire de tout ce que les parties ont eu en vue et qui fait l'objet de l'acte ; ils font également pleine foi de ce qui y est exprimé en termes énonciatifs, lorsque les énonciations ont trait à la disposition ; les énonciations étrangères au dispositif de l'acte ne font point preuve entière, même contre les personnes qui ont été parties à l'acte. Quant aux tiers, les actes authentiques ne peuvent point leur être opposés, en ce sens que ceux qui sont restés étrangers à un acte ne sont pas liés par lui. Mais l'acte prouve contre les tiers *rem ipsam ;* c'est-à-dire que le fait de la convention et les conséquences légales de ce fait peuvent dès lors leur être opposés (1).

Les actes sous seing privé, lorsqu'ils sont reconnus, ou tenus pour reconnus, font, contre ceux qui les ont souscrits, leurs héritiers ou successeurs, la même foi que les actes authentiques; de même que les actes authentiques, ils ne font pas foi contre les tiers, sinon que la chose convenue dans l'acte s'est effectivement passée, *probant rem ipsam*. Mais ils ont cela de moins que les actes authentiques, que ceux-ci, ayant une date constante par le témoignage de l'officier public qui les a reçus, font foi contre les tiers que la chose contenue dans l'acte s'est passée dans le temps porté dans l'acte ; au lieu que les actes sous signature privée étant sujets à être antidatés, ne font foi contre les tiers que la chose qu'ils renferment s'est passée, que du jour où leur date est devenue certaine (2).

Quæritur, avait déjà dit Dumoulin, *quoad jus et effectum actûs gesti ; et tunc aut inter quos confectum est, eorum hæredes, vel causam habentes, in quantum causam habent, aut inter penitùs extraneos. In primo membro plenè probat et præjudicat, nedùm in tenore et dispositivis instrumenti, sed etiam enunciativis et quoad omnem solemnitatem et præsumptionem resultantem ex instrumento et contentis in eo. Secundo membro, videlicet inter extraneos, et illis non præjudicat, quia res inter alios acta non nocet, nec obligat, aut facit jus inter alios* (3).

(1) *Des oblig.*, n. 701 et suiv.
(2) *Ibid.*, n. 708 et 715.
(3) Coutume de Paris, art. 5, n. 10.

2380. On retrouve le sens et souvent les termes des règles posées par Pothier et par Dumoulin dans les articles suivants du Code civil :

« Art. 1319. L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant-cause.

« Art. 1320. L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve.

« Art. 1322. L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalenent tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers ou ayant-cause, la même foi que l'acte authentique.

« Art. 1328. Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire. »

Comme on le voit, le Code, suivant les errements des anciens jurisconsultes, établit une série de personnes entre lesquelles les actes font ou ne font pas foi : les contractants, leurs héritiers, leurs ayant-cause, enfin les tiers. Cette nomenclature, fort simple et fort nette au premier abord, ne laisse pas que de présenter dans la pratique les difficultés les plus ardues.

2381. Nulle difficulté en ce qui concerne les contractants et leurs héritiers. On s'entend toujours sur le sens de ces mots, parce qu'ils ont une signification vulgaire qui se confond avec leur signification juridique.

2382. Mais il en est autrement des ayant-cause et des tiers; et rien mieux que les controverses qui se sont élevées sur ce point ne démontre comment l'esprit le plus juste n'est pas toujours un préservatif contre l'erreur, et comment les opinions insoutenables sont quelquefois celles que l'on soutient avec le

plus de vivacité. Ce qu'il y eut de particulier dans les controverses sur le terrain desquelles les noms, alors nouveaux, de M. Ducaurroy (1) et de M. Duranton (2), vinrent se mêler aux noms déjà célèbres de M. Toullier (3) et de M. Merlin (4), c'est que les critiques respectives que se renvoyaient les adversaires qui figuraient dans cette lutte animée, avaient toutes quelque chose de fondé, et que les systèmes divers péchaient principalement par l'exagération et l'absolu de leurs formules. C'est ainsi que M. Toullier, qui mit à défendre son opinion une ardeur toute juvénile et une âpreté qui n'était pas dans ses habitudes, assimilait les successeurs à titre particulier aux successeurs à titre universel, pour soutenir que les premiers étaient toujours comme les seconds des ayant-cause de leur auteur, ce qui conduisait aux conséquences les plus extraordinaires et les moins admissibles; tandis que M. Ducaurroy ne voyait des ayant-cause que dans les successeurs à titre universel, ce qui, dans un autre sens, n'était pas moins contraire aux idées reçues; et que M. Merlin ne voulait voir des ayant-cause dans les successeurs à titre particulier, que lorsqu'ils tenaient leurs droits du même acte.

Inutile d'entrer dans les détails de ces controverses qui eurent un certain retentissement. Il me suffira d'exposer brièvement les résultats auxquels on est arrivé quand on a examiné la question avec plus de calme, sans parti pris, et d'un point de vue moins exclusif.

L'ayant-cause d'une personne est celui qui tient ses droits de cette personne, qui puise la cause de son droit dans les droits de cette personne, *qui causam habet*. Les successeurs à titre universel, les successeurs à titre particulier, tels que les acquéreurs, les créanciers qui exercent les droits et actions de leurs débiteurs, sont donc les ayant-cause de leur auteur ou de leur débiteur; et c'est parce qu'ils le représentent en leur qualité d'ayant-cause, que les actes souscrits par ce dernier les

(1) *Thémis*, t. III, p. 49 et suiv., et t. V, p. 8.
(2) T. XIII, n. 132 et suiv.
(3) T. VIII, n. 245, et t. X, addit.
(4) *Questions de droit*, v° *Tiers*.

lient comme ils le lient lui-même. Mais la qualité d'ayant-cause n'a rien de général et d'absolu. Les ayant-cause ne représentent pas leur auteur dans l'universalité de ses droits et de ses actions ; ils ne le représentent que dans les droits et actions qu'ils tiennent de lui, *in quantum causam habent*, ainsi que le dit Dumoulin dans le passage que nous avons cité ; sous tous les autres rapports ils sont des tiers, *penitùs extraneos* (1). Les qualités d'ayant-cause et de tiers, relativement à la même personne, peuvent donc se trouver réunies dans le même individu. Mais quand cet individu est-il un tiers, quand est-il un ayant-cause ? C'est là surtout ce qu'il emporte de connaître.

Un professeur de la Faculté de droit de Dijon, M. Serrigny, dans une dissertation publiée dans la *Revue de droit français et étranger* (2), frappé des difficultés qui s'élèvent surtout à l'égard des créanciers, sur le point de savoir quand ils sont des tiers et quand ils sont les ayant-cause de leur débiteur, s'est mis en quête d'une règle simple, facile à appliquer et qui servît à résoudre toutes ces difficultés. Cette règle, M. Serrigny la déduit d'une distinction entre l'action fondée sur l'article 1166 du Code civil, qui permet aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, qu'il appelle *action oblique*, parce qu'elle passe par la personne du débiteur pour atteindre la chose qui en fait l'objet ; et l'action fondée sur l'article 1167, qui permet aux créanciers d'attaquer en leur nom personnel les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, qu'il appelle *action directe*, parce que cette action dérive directement d'un droit propre au créancier ; d'où il conclut que les créanciers sont des ayant-cause de leur débiteur quand ils usent de l'action oblique, et qu'ils sont des tiers quand ils usent de l'action directe. Pour expliquer et justifier cette règle, M. Serrigny propose des exemples et entre dans des détails au milieu desquels je ne pourrais le suivre sans sortir de mon sujet ; je me bornerai seulement à faire remarquer qu'on peut la généraliser de manière à lui faire embrasser les successeurs comme

(1) M. Troplong, *Des hyp.*, n. 530 ; M. Duranton, t. XIII, n. 135 et 136.
(2) T. III, p. 532.

les créanciers, en un mot, tous les individus dans lesquels les qualités d'ayant-cause et de tiers se trouveraient réunies relativement à la même personne, en disant que ces individus sont ayant-cause lorsqu'ils exercent les droits de leur auteur ou de leur débiteur, et qu'ils sont des tiers lorsqu'ils exercent un droit qui leur est propre (1).

2383. En voilà assez pour l'intelligence des règles qui suivront sur l'autorité et la foi des actes authentiques ou sous seing privé. J'ajouterai seulement, quant à présent, quelques mots d'explication d'une règle déjà posée (2), à savoir : que les actes ne font foi, même à l'égard des parties, de ce qui y est exprimé en termes énonciatifs, que dans le cas où l'énonciation a un rapport direct à la disposition, et que les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve (3). Il suit de là que si je reconnais vous devoir une certaine somme pour prix de marchandises que je déclare ne m'avoir pas encore été livrées, l'énonciation de la non-livraison étant relative à la reconnaissance de la dette, l'acte fait preuve de l'une comme de l'autre. Mais si, en reconnaissant vous avoir vendu des marchandises, j'énonce que ces marchandises proviennent d'une consignation qui m'a été faite par un tiers, cette énonciation est étrangère à la disposition de l'acte qui n'a pour objet que la constatation d'une vente; et le tiers auquel, d'après cette énonciation, appartiendraient les marchandises vendues, ne serait pas fondé, dans le cas de faillite du vendeur, à prétendre que cette énonciation fait preuve complète de ses droits de propriété pour revendiquer, soit les marchandises entre les mains du vendeur, soit leur prix entre les mains de l'acheteur (4). Il ne pourrait puiser dans cette énonciation qu'un commencement de preuve qui devrait être complété, soit par la preuve testimoniale, soit par des présomptions (5).

(1) M. Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 530; M. Bonnier, *Des preuves*, n. 569; Marcadé, sur l'art. 1328 C. civ.

(2) Voy. *sup.*, n. 2379.

(3) C. civ., 1320.

(4) C. comm., 575.

(5) Voy. *inf.*, sect. III.

§ I. — *Du titre authentique.*

SOMMAIRE. — 2384. Définition de l'acte authentique. Son autorité. Exécution parée. Contre-lettres. — 2385. Les actes authentiques sont peu usités en matière commerciale. — 2386. Des actes authentiques reçus en pays étranger. — 2387. Des actes passés en France par des étrangers devant le consul de leur nation. — 2388. Les actes des courtiers et des agents de change sont-ils des actes authentiques ? — 2389. De l'acte authentique nul par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public qui l'a reçu. — 2390. De l'inscription de faux.

2384. L'article 1317 du Code civil définit l'acte authentique celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les formalités requises. En d'autres termes, et plus simplement, l'acte authentique ou public est celui auquel concourt, de la manière déterminée par la loi, un officier public compétent. L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayant-cause ; il prouve le fait de la convention, même à l'égard des tiers ; il ne cède que devant une inscription de faux (1) ; enfin il est susceptible d'avoir ce qu'on appelle l'exécution parée, c'est-à-dire d'être exécutoire par lui-même, sans qu'il soit nécessaire qu'un jugement en ordonne l'exécution. Il tient donc lieu de tout autre mode de preuve, et ne peut être combattu par aucun autre ; il a une autorité à laquelle le juge est obligé de se rendre et ne peut se soustraire (2). Les parties peuvent y déroger par des contre-lettres ; mais ces contre-lettres n'ont d'effet qu'entre les contractants : elles n'ont point d'effet contre les tiers (3).

2385. Les actes reçus par les notaires sont les actes authentiques par excellence ; mais il arrive rarement d'employer le ministère des notaires pour la rédaction des actes ou des contrats commerciaux. Cependant, c'est l'intérêt seul des parties et la promptitude des opérations qui s'y opposent ; et quand

(1) C. civ., 1319.

(2) *Instrumentum publicum facit probationem probatam, claram et evidentem.* Casaregis, *Disc.* 96, n. 38, et *Disc.* 178, n. 2 et 29.

(3) C. civ., 1321.

les parties croient utile ou convenable de faire constater leurs conventions par acte notarié, aucun contrat commercial ne répugne absolument à cette forme plus ou moins insolite. C'est ainsi que nous avons vu que les lettres de change et les billets à ordre peuvent être faits par acte notarié (1).

2386. En pays étranger et dans les lieux où réside un consul français, les Français qui veulent donner le caractère d'authenticité aux conventions qu'ils font entre eux, soit qu'il s'agisse de contrats maritimes, soit qu'il s'agisse de tous autres contrats commerciaux ou civils, peuvent les faire recevoir par le chancelier du consulat, qui est le véritable notaire des nationaux (2). Les actes, ainsi reçus par le chancelier et légalisés par le consul (3), font pleine foi en France; ils sont même réputés passés en France, de telle sorte qu'ils y jouissent de l'exécution parée, sans avoir besoin d'être rendus exécutoires, à la différence des actes passés en pays étranger devant des autorités étrangères (4).

2387. Il a même été jugé que l'acte passé en France, par des étrangers, devant le consul de leur nation, est un acte authentique en ce sens que les tribunaux peuvent autoriser l'exécution provisoire, nonobstant appel et sans caution (5) du jugement rendu sur cet acte (6). Cela me paraît hors de doute, pourvu, toutefois, que l'acte soit revêtu des formalités auxquelles les lois du pays auquel appartiennent les étrangers qui y sont parties attachent les priviléges de l'authenticité. Mais là doivent cesser les effets de l'authenticité de cet acte; et comme il est réputé passé en pays étranger, il ne jouit, en France, de l'exécution parée qu'après y avoir été rendu exécutoire (7).

(1) Voy. *sup.*, n. 2301.

(2) Voy. *sup.*, t. I, n. 463. — Ord. de 1681, liv. I, tit. IX, art. 25; Ord. du 24 mai 1728, art. 31; Savary, *Parfait Négociant*, liv. V, chap. II; Valin, sur l'art. 25 de l'ord. de 1681; Pardessus, n. 1448; MM. de Clercq et de Vallat, *Guide pratique des consulats*. t. I, p. 423. V. aussi M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 452, des observations duquel j'ai tenu compte.

(3) Ord. de 1681, liv. I, t. IX, art. 23.

(4) Voy. *sup.*, t. II, n. 821 et suiv.; C. civ., 2128.

(5) C. proc., art. 135.

(6) Rennes, 6 avril 1835, S., 36, 2, 55.

(7) Voy. *sup.*, t. II, n. 821 et suiv.

2388. Les véritables notaires du commerce sont les agents de change et les courtiers, intermédiaires que la loi donne aux parties pour la négociation des valeurs et des marchandises. Cependant, les actes de ces intermédiaires ne sont pas, dans toute l'étendue du mot, des actes authentiques. Dans les achats et ventes faits par l'entremise des agents de change ou des courtiers, ces officiers ne remplissent le ministère de notaires que quant à la preuve du contrat, encore faut-il pour cela, comme nous le verrons plus tard, en parlant des bordereaux (1), que l'acte soit signé par les parties (2). Mais la signature du courtier ou de l'agent de change certifie légalement celle des parties, de telle sorte qu'il ne peut y avoir lieu à la vérification de leur signature (3); elle ne peut être contestée que par la voie de l'inscription de faux. Du reste, les actes des courtiers sont si peu des actes authentiques dans l'acception ordinaire de ce mot, qu'ils ne pourraient valablement constater une stipulation hypothécaire (4), et qu'ils ne jouissent d'aucune exécution parée (5).

On peut en dire à peu près autant des polices rédigées par les courtiers d'assurances, auxquels l'article 79 du Code de commerce donne le pouvoir de rédiger ces contrats, concurremment avec les notaires, et d'en attester la vérité par leur signature. Il résulte clairement de cet article, que le courtier d'assurance ayant qualité pour certifier la vérité du contrat qu'il rédige, ce contrat fait foi jusqu'à inscription de faux, lors même qu'il ne serait pas signé par les parties qui ne le savent ou ne le peuvent. Mais là se bornent les pouvoirs des courtiers et l'assimilation que la loi établit entre eux et les notaires. Le courtier d'assurance ne pourrait donc, dans le contrat qu'il rédige, certifier aucune autre convention que celle de l'assurance; et ce contrat ne peut prétendre à l'exécution parée dont sont susceptibles les actes des notaires (6).

(1) Voy. *inf.*, § 3.
(2) C. com., 109.
(3) Voy. *inf.*, n. 2422 et suiv.
(4) C. civ., 2127.
(5) Mollot. *Des agents de change et courtiers*, n. 177; Toullier, t. VIII, n. 396. — Voy. *inf.*, § 3.
(6) Voy. *inf.*, *ibid.*

2389. L'acte que les parties ont eu l'intention de faire authentique, mais qui se trouve manquer de ce caractère, soit par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier qui l'a reçu, soit par un défaut de forme, vaut cependant comme écriture privée, s'il a été signé des parties, pourvu, toutefois, que l'obligation soit de nature à être prouvée de cette manière, et ne doive pas nécessairement être constatée par acte authentique. Ainsi, une société anonyme qui, aux termes de l'article 40 du Code de commerce, ne peut être formée que par acte public, ne pourrait être légalement constatée par un acte nul comme acte authentique, bien qu'il remplît d'ailleurs les conditions nécessaires pour valoir comme acte sous seing privé.

2390. Nous avons vu tout à l'heure que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux. Ajoutons ici que l'inscription de faux ne suffit pas pour suspendre l'exécution d'un acte qui a pour lui une présomption de vérité. *Falsitatis sola suspicio non attenditur, sicut nec sola possibilitas delinquendi*, dit Casaregis (1). En cas de plainte en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux n'est suspendue que par la mise en accusation ; et en cas d'inscription de faux faite incidemment les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte (2).

Quant à l'instruction et au jugement du faux, nous n'avons pas à en exposer les règles. Casaregis dit à ce sujet : *In mercatoribus nobilibus exclusa remanet quælibet suspicio fraudis et falsitatis et contrà eos probationes esse debent luce meridianâ clariores* (3). Cela est toujours vrai, pourvu qu'on entende par *mercatores nobiles*, ceux qu'un vieux renom de probité commerciale devrait mettre au dessus du soupçon s'il ne peut pas les mettre au-dessus de l'accusation. En fait de commerce, voilà la vraie noblesse, et c'est sans doute de celle-là que parlait Casaregis.

(1) *Disc.* 202, n. 44.
(2) C. civ., 1319.
(3) *Disc.* 202, n. 49.

§ II. — *De l'acte sous seing privé.*

Sommaire. — 2391. Ce que c'est que l'acte sous seing privé. — 2392. C'est la signature qui en fait la force. — 2393. Comment on peut suppléer à la signature : exemple pris de la lettre de change et de l'endossement. — 2394. Peut-on y suppléer par une marque ou une croix ? — 2395. Dans un engagement pris par plusieurs, l'acte doit être signé par tous les obligés : exemple tiré du connaissement; la signature de l'écrivain n'y tiendrait pas lieu de celle du capitaine. — 2396. L'acte peut être écrit d'une main étrangère. — 2397. Validité des blancs seings. — 2398. Nécessité du *bon* ou *approuvé* dans les obligations de sommes ou de choses appréciables : texte de l'article 1326 Code civil. — 2399. Les commerçants en sont affranchis. — 2400. Les non-commerçants n'en sont pas affranchis alors même qu'ils contractent une obligation commerciale ; par exemple, quand ils signent un billet à ordre. — 2401. Mais il en est autrement du non-commerçant qui souscrit une lettre de change. — 2402. Peu importe que la lettre de change soit régulière ou qu'elle soit réputée simple promesse. — 2403. *Quid*, de l'aval d'une lettre de change? — 2404. De l'aval d'un billet à ordre. — 2405. *Quid*, de l'endossement? — 2406. Les actes non commerciaux souscrits par des commerçants sont-ils dispensés du *bon* ou *approuvé?* — 2407. Les billets ou promesses qui ne sont pas revêtus du *bon* ou *approuvé* à la formalité duquel ils sont assujettis ne sont pas absolument nuls et peuvent servir de commencement de preuve. — 2408. *Quid*, lorsqu'il y a une différence entre la somme exprimée dans le corps de l'acte et celle qui est exprimée dans l'approbation ? — 2409. *Quid*, au cas d'obligation indéterminée ? — 2410. Nécessité de la date. Lettre de change, acceptation. — 2411. Des actes sous signature privée qui renferment des conventions synallagmatiques. Ils doivent être faits en double ou triple original, selon qu'il y a deux ou trois parties ayant un intérêt distinct. — 2412. Le défaut d'accomplissement de cette formalité est-il une cause de nullité absolue ? — 2413. Cette formalité est-elle requise en matière commerciale ? Opinions des auteurs et de la jurisprudence. — 2414. Distinctions. Il y a en matière commerciale des actes qui doivent incontestablement être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties. — 2415. Il y en a d'autres qui sont affranchis de cette formalité. — 2416. *Quid*, de ceux qui n'y sont pas soumis ou qui n'en sont pas affranchis par une disposition particulière ? Examen de la question. — 2417. Dans tous les cas, la dispense du double original ne pourrait être invoquée par un commerçant contre un non-commerçant. — 2418. Est-il necessaire que chaque original soit signé par toutes les parties ? — 2419. La nullité d'un acte résultant de ce qu'il n'a pas été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties, est-elle couverte par le dépôt de cet acte en mains tierces ? — 2420. Un simple original suffit dans les actes qui ont pour objet de constater un contrat qui, de synallagmatique, est devenu unilatéral. Exemples pris de la vente et du contrat d'assurances. — 2421. Du défaut de conformité entre les deux doubles. — 2422. De la reconnaissance et de la vérification des écritures ou des signatures. — 2423. La reconnaissance peut être tacite en matière civile comme en matière commerciale. — 2424. Le

défendeur condamné par défaut peut, sur l'opposition, dénier l'écriture ou la signature qu'on lui oppose. — 2425. Autorité et foi des actes sous signature privée reconnue ou tenue pour reconnue. — 2426. Ils n'ont pas l'exécution parée. Opinions des anciens auteurs sur ce point, spécialement en matière de lettres de change. — 2427. De la certitude de la date des actes sous signature privée. Texte de l'art. 1328 du Code civil. Cet article est-il limitatif ou simplement démonstratif? — 2428. Cet article est-il applicable en matière commerciale ? — 2429. Actes commerciaux auxquels une disposition expresse attribue une date certaine autrement que par les moyens indiqués par l'article 1328 du Code civil. Lettre de change; endossement. — 2430. La date d'une lettre de change ou d'un endossement peut être contestée autrement que par une inscription de faux. — 2431. Date du contrat d'assurance. — 2432... Du contrat à la grosse. — 2433. Actes commerciaux qui ne peuvent acquérir date certaine que par les moyens de l'article 1328 C. civ. — 2434. *Quid*, des actes commerciaux auxquels une disposition expresse n'attribue pas date certaine par d'autres moyens que ceux de l'article 1328, et des actes commerciaux qui ne sont pas soumis à cet article par une disposition particulière ? Opinion des auteurs et de la jurisprudence. — 2435. Examen de la question ? — 2436. *Quid*, des actes commerciaux qui doivent nécessairement être constatés par actes authentiques ou sous signatures privées ? Exemple pris du contrat de société. — 2437. Résumé de la question. — 2438. Date certaine, relativement aux droits respectifs des époux, et des dettes contractées avant son mariage par une femme marchande publique.

2391. L'acte sous seing privé est celui qui est rédigé sans l'intervention d'un officier public, soit par les parties elles-mêmes, soit par un tiers.

2392. Ainsi que l'indique l'expression même d'*acte sous seing privé*, c'est la signature qui fait la force de l'acte, parce que c'est elle qui exprime le consentement sans lequel il n'y aurait pas d'obligation. Mais il faut bien observer que ce n'est qu'aux *actes* proprement dits que s'applique la nécessité de la signature. Nous avons déjà vu qu'il y a des écritures privées qui, ne constituant pas des actes proprement dits, peuvent faire preuve indépendamment de toute signature (1) ; et même, quand les présomptions sont admissibles, ce qui a lieu plus souvent en matière commerciale qu'en matière civile (2), on comprend qu'un acte non signé puisse être considéré comme une présomption plus ou moins forte de l'existence de la convention qui s'y trouve relatée.

(1) Voy. *sup.*, n. 2376, et *inf.*, § 6 ; Toullier. n. 260.
(2) Voy. *inf.*, sect. III.

2393. Du reste, on peut suppléer à la signature qui ferait défaut sur l'acte même, par celle qui se trouverait sur un autre acte dont l'existence impliquerait l'existence du premier, si surtout l'un était le complément nécessaire de l'autre. Une lettre de change avait été souscrite par le tireur à l'ordre de lui-même ; il avait omis de la signer, mais il avait signé l'endossement au moyen duquel il avait négocié cette lettre de change à un tiers qui en était devenu le preneur ou le bénéficiaire. Comme cet endossement faisait corps avec la lettre de change qu'il complétait, et qui fût restée imparfaite si elle n'avait pas été négociée à un tiers (1), on a jugé avec raison que la lettre de change, était valable nonobstant le défaut de signature dans le corps même de la lettre de change, auquel suppléait d'une manière suffisante la signature de l'endossement (2).

2394. Mais on ne pourrait pas suppléer à la signature de l'une des parties qui ne saurait pas écrire, par une marque, par un signe, tel, par exemple, qu'une croix (3). Toutefois, dans cet état, l'acte pourrait, du moins en matière commerciale, faire un commencement de preuve qui devrait être complété soit par des présomptions, soit par des témoignages verbaux. C'est ce que Casaregis décide en termes exprès à l'occasion d'un connaissement qu'un capitaine illettré n'avait signé que d'une croix. *Apocha oneratoria subscripta ab aliquo, soloque signo crucis apposito per patronum scribendi ignarum, non probat nisi aliis conjecturis comprobetur* (4).

2395. Inutile d'ajouter que, lorsqu'il s'agit d'un engagement pris par plusieurs, conjointement, ou d'un contrat synallagmatique, il faut qu'il soit signé par tous les obligés. L'article 282 du Code de commerce contient à cet égard une disposition spéciale au connaissement qui doit être signé par le

(1) Pothier, *Du contrat de change*, n. 3 ; Locré, sur l'art. 111 C. com. ; Pardessus, n. 339 ; Vincens, t. II, p. 180.

(2) Cass., 16 juin 1846, S., 46, 1, 783.

(3) Bruxelles, 27 janv. 1807, S., 2, 2, 193, et Paris, 13 juin 1807, *ibid.* 260.

(4) *Disc.* 10, n. 115.

chargeur et par le capitaine. Casaregis décidait à l'égard du connaissement, qu'il suffisait qu'il fût signé par l'écrivain aux lieu et place du capitaine : *Apocha oneratoria sufficit quod sit subscripta tantum à scribano navis et non à novarcho* (1); mais cette opinion ne pourrait plus être suivie aujourd'hui que la loi ne reconnaît plus aucun caractère officiel à l'écrivain d'un navire. Néanmoins, je pense que l'écrivain qui se trouverait attaché à un navire pourrait signer le connaissement, avec la procuration expresse et spéciale du capitaine.

2396. Il suffit, au surplus, de la signature de l'obligé, et il n'est pas nécessaire que le corps de l'acte soit écrit de sa main. *Subscriptio operatur, ac si tota scriptura esset manu subscribentis*, disait très-bien la Rote de Gênes (2), en faisant au commerce l'application d'une règle que le droit romain avait déjà appliquée aux affaires civiles (3).

2397. D'où la conséquence qu'on peut valablement donner d'avance une signature en blanc, ou un blanc-seing; ce blanc-seing, qui n'est autre chose qu'une procuration illimitée, implique un consentement anticipé aux obligations qui, plus tard, se trouvent écrites au-dessus de la signature. Dans ce cas, quoique la signature ait précédé l'écriture, l'acte fait foi de ce qu'il contient aussi bien que si l'écriture eût précédé la signature.

Un prêteur auquel un emprunteur remettrait un blanc seing pourrait même remplir le blanc-seing d'énonciations constituant une lettre de change, parce que dans ce cas on doit supposer que telle a été l'entente des parties (4), pourvu bien entendu que les circonstances dans lesquelles la lettre de change a été créée fussent constitutives d'un contrat de change, c'est-à-dire pourvu que la somme prêtée dans un lieu dût être remboursée dans un autre (5).

(1) *Disc.* 10, n. 18, 20, 22.

(2) Décis. 126, n. 6.

(3) *Instrumenta conscripta vel manu propriâ contrahentium, vel ab alio quidem scripta à contrahentibus autem subscripta*. Inst. *in pr., De empt. vend.* — Voy. Rouen, 24 déc. 1849, S., 52, 1, 657.

(4) Agen, 16 mai 1853, S., 53, 2, 274; Bordeaux, 27 mars 1854, S., 54, 2, 703; Bastia, 15 déc. 1858, S., 59, 2, 29.

(5) Montpellier, 3 janv. 1857, S., 58, 2, 165. — Voy. aussi les observa-

2398. On voit dès lors que les blancs seings ne sont pas sans inconvénient, et que rien n'est plus facile que d'en abuser. Pour remédier à cet inconvénient, une déclaration du 22 septembre 1733 ordonna « que tous les billets sous signature privée, au porteur, à ordre ou autrement, causés pour valeur en argent, autres néanmoins que ceux qui seraient faits par des banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs, manouvriers et autres de pareille qualité, seraient de nul effet et valeur, si le corps du billet n'était écrit de la main de celui qui l'avait signé, ou du moins si la somme portée audit billet n'était reconnue par une approbation écrite en toutes lettres, aussi de sa main. »

Et l'article 1326 du Code civil a reproduit l'esprit, sinon les termes, de cette disposition, de la manière suivante : « Le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit, ou, du moins, il faut qu'outre la signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ; — excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service. »

2399. Une première remarque à faire sur ces dispositions, c'est qu'elles exceptent les commerçants de l'obligation qu'elles imposent généralement, à tous ceux qui souscrivent, une obligation de sommes ou de choses appréciables, d'écrire le billet ou la promesse en entier de leur main, ou du moins outre la signature, d'écrire de leur main un bon ou approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. Le mot marchand, employé par l'article 1326, est générique, et comprend dans sa signification toutes les classes de commerçants, banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, dont la déclaration de 1733 faisait l'énumération (1). Cette

tions de M. Devilleneuve, sur l'arrêt précité d'Agen du 16 mai 1853.

(1) C'est ce qui a été jugé spécialement pour les billets souscrits par les aubergistes. Metz, 21 juin 1815, S., 5, 2, 51 ; D., 10, 691. — V. aussi Montpellier, 6 déc. 1865, S., 66, 2, 319.

exception est d'ailleurs parfaitement légitimée par cette considération que les blancs seings, qui peuvent devenir l'expression du crédit illimité, ne sont pas dans les usages du commerce, et qu'imposer aux commerçants l'obligation d'écrire eux-mêmes les billets qu'ils signent, ou de faire précéder leur signature d'un bon ou approuvé, c'eût été compliquer de formalités inutiles les transactions commerciales, que les lois et la pratique ont toujours au contraire tendu à simplifier de plus en plus (1).

2400. Mais bien que le billet ait le commerce pour objet, s'il est souscrit par un non-commerçant, il doit être écrit de la main de ce dernier, ou suivi d'un bon ou approuvé de sa main (2). C'est ce qui résulte à la fois de la lettre et de l'esprit de la déclaration de 1733 et de l'article 1326. Cela résulte de la lettre de ces dispositions, parce que, d'un côté, l'exception formulée par la déclaration et par le Code civil ne porte pas sur les actes de commerce, mais bien sur les actes des commerçants ; et, d'un autre côté, parce que la déclaration, dont le Code civil reproduit le sens d'une manière plus concise, applique précisément la nécessité de l'écriture, du bon ou de l'approuvé, à des actes dont la forme est commerciale, par exemple aux billets à ordre. Cela résulte de leur esprit, parce que le danger d'un abus de blancs seings, qui n'existe pas relativement aux commerçants, dans l'usage desquels il n'est pas de donner leur signature sans savoir à quoi ils s'engagent, est le même pour un non-commerçant, soit qu'il s'agisse d'une obligation civile, soit qu'il s'agisse d'une obliga-

(1) Pour savoir si une obligation sous seing privé non écrite de la main du souscripteur est dispensée de la formalité du *bon* ou *approuvé*, comme émanant d'une personne placée dans la catégorie de celles dont parle la disposition finale de l'art. 1326 du Code civil, il faut considérer exclusivement la qualité qu'avait le souscripteur au moment de l'acte, sans égard à celle qu'il peut avoir au jour de la demande ou des poursuites. Et l'exception établie à l'égard de certains individus, quant à la nécessité du *bon* ou *approuvé*, ne s'étend pas de plein droit aux femmes de ces individus. Cass., 21 août 1859, S., 60, 1, 47.

(2) Pardessus, n. 245 ; Toullier, t. VIII, n. 299 ; Duranton, t. XIII, n. 184.

tion commerciale qu'il contracterait accidentellement (1).

2401. On décide cependant qu'il en est autrement pour la lettre de change. D'après la jurisprudence (2) et les auteurs (3), il n'est pas nécessaire qu'elle soit écrite de la main du non-commerçant qui la souscrit, ni que l'écriture d'une main étrangère en soit approuvée. Cette décision est juste; non pas, comme on a semblé le supposer, parce que celui qui souscrit une lettre de change devient momentanément commerçant : car un non-commerçant n'est pas plus commerçant en souscrivant une lettre de change qu'en souscrivant un billet à ordre qui aurait une cause commerciale; mais parce que la lettre de change est soumise à des formes spéciales qui excluent l'observation des formes générales décrites par l'article 1326 du Code civil. En effet, l'article 1326 s'applique aux billets et promesses; or, la lettre de change n'est ni un billet ni une promesse, dans le sens ordinaire et légal que l'on attribue à ces expressions. Le tireur qui la signe est bien obligé de rembourser la lettre de change, si elle n'est pas acceptée ou si elle n'est pas payée par le tiré; mais cette obligation de garantie ne résulte pas d'une promesse directement faite; elle ne résulte que par voie de conséquence du mandat donné au tiré. Le véritable obligé, l'obligé direct, est le tiré qui a accepté; et l'article 122 du Code de commerce, qui prescrit minutieusement la forme de l'acceptation, laquelle doit être signée et exprimée par le mot *accepté*, n'eût pas manqué de rappeler les formalités de l'article 1326, si elles eussent dû compliquer la simplicité de l'acceptation. Il n'est donc nécessaire, ni pour la régularité de la lettre de change, ni pour celle de l'acceptation, qu'elles soient écrites ou approuvées de la main du tireur ou de l'acceptant (4).

(1) Voy. Cass., 27 janv. 1812, S, 4, 1, 13; Paris, 20 mars 1830, *ibid.*, 31, 2, 174. — Voy. cependant, en sens contraire, Liége, 14 avril 1813, S, 4, 2, 293, et Toulouse, 30 déc. 1829, *ibid.*, 9, 2, 370, et D., 30, 2, 123.

(2) Cass., 10 mess. an XI, S., 1, 1, 824; Montpellier, 20 janv. 1835, *ibid.*, 35, 2, 336; D., 35, 2, 116.

(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Ordre* (*Billet à*), § 1, n. 5; Delvincourt, t. II, p. 614; Pardessus, n. 245; Vincens, t. II, p. 571; Duranton, t. XIII, n. 176; M. Alauzet, t. II, n. 893.

(4) Bruxelles, 11 janv. 1808, S., 2, 2, 324; D., 6, 617. V. M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 455.

2402. A cet égard, on a voulu faire une distinction entre les lettres de change régulières et les lettres de change réputées simples promesses (1). Je ne crois pas cette distinction fondée. Une lettre de change réputée simple promesse n'en est pas moins, dans sa forme extérieure, une lettre de change. De ce qu'elle est réputée simple promesse, il résulte sans doute que ses effets obligatoires sont modifiés ; mais cette modification dans ses effets ne peut réagir sur sa forme (2). C'est donc avec raison qu'il a été jugé par la Cour de Bruxelles, le 11 janvier 1809 (3), qu'une acceptation mise au bas d'une lettre de change avec le seul mot *accepté* et la signature de l'acceptant est suffisante, alors même que la lettre de change est réputée simple promesse, et qu'il n'est pas nécessaire que cette acceptation contienne un bon ou approuvé conforme à l'article 1326 du Code civil.

2403. Il y a plus de difficulté en ce qui concerne l'aval mis par un non-commerçant sur un billet à ordre ou sur une lettre de change. La Cour de cassation a jugé, le 25 janvier 1814, que l'article 1326 du Code civil, sur la nécessité de l'écriture ou de l'approbation, ne s'applique pas à l'aval ou au cautionnement donné par un non-commerçant sur un billet à ordre souscrit entre commerçants (4), en se fondant sur ce que, des articles 141 et 187 du Code de commerce, il résulte qu'il y a une manière toute particulière de cautionner les lettres de change et les billets à ordre. Et un arrêt de la Cour de Riom, du 23 janvier 1829, se prononce dans le même sens relativement à l'aval mis sur une lettre de change par une femme non marchande, que cet arrêt déclare valable, quoique non revêtu d'un *bon* ou *approuvé*, portant en toutes lettres la somme écrite de la main de la femme (5). Ces décisions me semblent trop générales, et je crois qu'il faut distinguer.

(1) Duranton, t. XIII. n. 176.
(2) Riom, 23 janv. 1829, S., 9, 2, 195; D., 32, 2, 99.
(3) S., 2, 2, 324; D., 6, 617.
(4) S., 4, 1, 519.
(5) S., 32, 2, 98; D., 32, 2, 99.

Quand l'aval donné par un non-commerçant pour garantie d'une lettre de change est donné sur la lettre de change même, il me paraît naturel de décider que cet aval qui, en définitive, n'est alors autre chose qu'une signature ajoutée à celle de l'obligé principal, ne peut être soumis à plus de formalités que la lettre de change elle-même : l'accessoire suit le sort et la condition du principal.

Quand, au contraire, l'aval est donné par acte séparé, il constitue une obligation nouvelle et matériellement distincte de l'obligation principale, avec laquelle il se confond sans doute dans l'exécution, mais avec laquelle il ne se confond pas dans sa forme. Si donc il est donné par un non-commerçant, je n'hésite pas à le croire soumis aux règles de l'article 1326, comme toute autre obligation : son objet n'a aucune influence sur sa forme (1).

2404. Voilà pour l'aval des lettres de change. Quant à l'aval d'un billet à ordre, je pense, par identité de motifs, qu'il doit être soumis aux mêmes règles que le billet à ordre; et que si ce billet, souscrit par un non-commerçant, doit, quelle que soit sa cause, être revêtu d'un *bon* ou *approuvé*, quand il n'est pas écrit en entier de la main du souscripteur, il faut de même que l'aval donné par un non-commerçant soit écrit ou approuvé de sa main. La cour de cassation, dans son arrêt précité du 25 janvier 1814, semble croire que l'aval est soumis à des formes particulières exclusives de l'application de l'article 1326 : c'est là une pure supposition. Les articles 141 et 142 du Code de commerce, les seuls qui s'occupent du l'aval, ne disent pas un mot de la forme de cette espèce de cautionnement. Ils le laissent donc sous l'empire des principes généraux, de telle sorte qu'il y a lieu de recourir à l'article 1326 dans tous les cas où la forme spéciale de l'acte, avec lequel l'aval se confond, n'y est pas contraire. Et peu importe que l'aval fût donné par un non-négociant sur un billet à ordre souscrit entre négociants : cette circonstance ne devrait avoir aucune influence sur la forme de l'aval : car,

1) M. Alauzet, t. II, n. 893.

en supposant que cet aval constituât un acte de commerce, le donneur d'aval n'en serait pas moins un non-commerçant ; et nous avons vu que les commerçants seuls échappent à la rigueur des prescriptions de l'article 1326. Suivant M. Duranton (1), qui approuve la jurisprudence de l'arrêt du 25 janvier 1814, les tiers auxquels un billet est transmis avec un aval, ne peuvent connaître la qualité du donneur d'aval ; et la bonne foi jointe à l'intérêt du commerce exigeait que leur titre fût protégé contre les réclamations fondées seulement sur l'inobservation de l'article 1326 du Code civil. Mais n'est-il pas évident que si cette considération devait être écoutée, il faudrait aller jusqu'à dire que le billet à ordre souscrit par un non-commerçant échappe à l'article 1326, puisque, une fois lancé dans la circulation, les tiers qui le reçoivent et le transmettent ne peuvent pas plus connaître la qualité du souscripteur qu'ils ne connaissent celle du donneur d'aval ; et cependant, M. Duranton lui-même est le premier à reconnaître que l'article 1326 s'applique aux billets à ordre souscrits par des non-commerçants (2). Donc l'aval d'un billet à ordre, comme le billet à ordre lui-même, doit, quand il émane d'un non-commerçant, être écrit en entier ou approuvé de la main du souscripteur.

2405. Quant aux endossements, la question se simplifie, et je n'hésite pas à penser que l'endossement souscrit par un non-commerçant, soit sur une lettre de change, soit sur un billet à ordre, n'est soumis ni à la nécessité de l'écriture, ni à celle du bon ou approuvé. C'est ce que la Cour de cassation a jugé, le 7 thermidor an IX sous l'empire de la déclaration de 1733, par le motif que cette déclaration ne prescrit l'écriture ou l'approbation de la main du souscripteur que pour le corps des billets à ordre et non pour les simples endossements ; et que l'usage du commerce n'a pas astreint à ces formalités le souscripteur d'endossement d'effets négociables (3). Cette dé-

(1) T. XIII, n. 176; M. Alauzet, t. II, n. 1023; M. Demangeat, sur Bravard, t. II, p. 455.

(2) *Ibid.*

(3) S., 1, 1, 841.

cision est juste ; mais ce motif n'a rien d'exact. La déclaration de 1733, pas plus que le Code civil, ne fait de distinction entre les obligations accessoires et les obligations principales. Toute promesse de payer une certaine somme est soumise aux formalités de l'article 1326, non-seulement quand elle constitue une obligation principale, mais encore quand elle constitue une obligation accessoire et qu'elle se rapporte à une promesse antérieure : voilà pourquoi l'aval donné par un non-commerçant sur un billet à ordre doit être écrit ou approuvé par celui qui le donne (1). C'est donc à tort qu'un auteur (2) trouve la distinction faite par l'arrêt précité, entre le corps du billet et l'endossement, exacte, bien qu'assez délicate. La véritable raison de décider gît dans la nature même de l'endossement, qui est une cession de sommes ou valeurs, et non pas une promesse de payer une certaine somme ou certaines valeurs. Sans doute, l'endosseur peut bien être tenu de payer le montant de l'effet par suite du recours en garantie auquel il est exposé ; mais c'est là une obligation accidentelle qui, si elle est la conséquence de l'endossement, n'en fait pas l'objet. Or, l'article 1326, de même que la déclaration de 1733, ne s'applique qu'aux billets ou promesses, par lesquelles une partie s'engage envers l'autre à payer une somme d'argent, c'est-à-dire qui ont pour objet principal et direct l'obligation de payer une certaine somme ; en d'autres termes, dont l'exécution consiste dans le payement de cette somme ; elle ne s'applique pas aux contrats qui ne constituent pas une obligation de sommes, bien qu'ils puissent y conduire, soit à titre de garantie, soit à titre de dommages-intérêts. L'endossement ne peut donc tomber sous l'application de l'article 1326. Sa nature l'affranchit des formalités imposées aux billets ou promesses, parce qu'il n'est ni un billet ni une promesse, mais seulement l'expression du contrat qui a opéré la transmission de la propriété d'un billet ou d'une promesse (3).

(1) Voy. *sup.*, n. 2101.
(2) M. Bonnier, *Des preuves*, n. 552.
(3) Demangeat sur Bravard, t. II, p. 456.

2406. En résumé, et sauf les exceptions motivées par la nature particulière et les formes spéciales de certains actes, tous les billets ou promesses souscrits par des non-commerçants sont régis par l'article 1326 du Code civil, alors même qu'ils ont une cause commerciale.

Par contre, il suffit, pour qu'il y ait dispense de se conformer aux dispositions de l'article 1326, que le billet ou la promesse émane d'un commerçant ; il n'est pas nécessaire que de plus le billet ou la promesse aient une cause commerciale. C'est ce qui résulte de ce que cet article, de même que la déclaration de 1733, fait exception, non pour les actes de commerce, mais pour les commerçants.

2407. Au surplus, il faut bien remarquer que le billet ou la promesse sous seing privé, qui ne sont pas écrits de la main de celui qui s'engage, ou approuvés par lui, ne sont pas absolument nuls ; et que s'ils ne peuvent valoir comme *titre* d'obligation, ils peuvent, comme commencement de preuve par écrit, se compléter par de simples présomptions ou par la preuve testimoniale, et servir de fondement à une condamnation judiciaire. La déclaration de 1733 voulait que les billets non conformes à ses prescriptions fussent *de nul effet et valeur*. Cependant elle ajoutait : « Voulons néanmoins que celui qui refusera de payer le contenu auxdits billets ou promesses soit tenu d'affirmer qu'il n'en a pas recu la valeur. » Sur quoi, un commentateur (1) fait observer que la déclaration, en voulant arrêter les progrès de la mauvaise foi d'un côté, aurait pu l'occasionner de l'autre sans le sage correctif qui précède. Car, quoiqu'un billet qui n'est pas revêtu de la formalité qu'il prescrit ait contre lui la présomption légale, il peut cependant très-bien arriver que l'obligation qu'il contient n'en soit pas moins vraie dans son principe. C'est pourquoi, pour ne pas couronner la fraude d'un débiteur qui voudrait se couvrir impunément du manteau de la loi pour éviter le payement d'une obligation véritable, on l'oblige à affirmer qu'il n'en a pas reçu la cause. L'article 1326 ne con-

(1) Sallé, *Esprit des ordonn. de Louis XV*, p. 530.

tient pas une disposition semblable; mais il fait mieux : il évite de prononcer la nullité de la promesse qui n'aurait pas été écrite ou approuvée de la main de l'obligé; il se borne à dire que le billet doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit, ou du moins qu'*il faut*, outre sa signature, que l'obligé ait écrit de sa main un bon ou approuvé. Rien de moins absolu qu'une pareille manière de s'exprimer, surtout lorsqu'on la rapproche des locutions impératives de la déclaration de 1733; et il est naturel dès lors d'en conclure que la loi n'a pas plus voulu protéger la fraude qui s'attaque au créancier que celle qui s'attaque au débiteur, et que le billet ou la promesse, qui ne font pas preuve par eux-mêmes, peuvent, au moins suivant les circonstances, faire un commencement de preuve de l'obligation qu'ils énoncent, et que ce commencement de preuve peut, selon les cas, être complété, soit par des présomptions, soit par des témoignages (1).

2408. Aux termes de l'article 1327, lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre, lors même que l'acte ainsi que le bon sont écrits en entier de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur. Il serait plus naturel de s'en rapporter à l'expression en toutes lettres, comme étant moins susceptible d'erreur.

2409. Il est du reste à remarquer que la règle de l'article 1326 qui soumet à la nécessité d'un bon approuvé les actes contenant une obligation purement unilatérale qui ne sont pas écrits en entier de la main de la personne qui s'oblige s'applique aux obligations indéterminées, aussi bien qu'aux obligations déterminées. Sans doute il n'est pas possible alors d'exprimer la somme en toutes lettres, puisqu'il n'y a pas de somme. Mais si, sans s'arrêter aux termes de l'article 1326, on

(1) Toullier, t. VIII, n. 802 et suiv. ; Duranton, t. XIII, n. 189; Cass., 6 fév. 1839, S., 39, 1, 289 ; D., 39, 1, 76 ; Paris, 24 mai 1855, S., 55, 5, 574 ; Orléans, 24 déc. 1864, S., 65, 2, 213. — *Contrà*, Delvincourt, t. II, p. 613.

entre dans son esprit, il paraît évident que la formalité d'un bon ou approuvé est d'autant plus nécessaire que l'engagement est indéterminé ou illimité ; et alors c'est indiquer, autant que possible, la somme que d'énoncer qu'elle est indéterminée, ou que d'énoncer l'objet de l'obligation, soit qu'elle consiste en un cautionnement, soit qu'elle consiste en un mandat (1).

2410. De tout ce qui précède, il suit que la signature de l'obligé est une condition toujours indispensable de la validité des actes sous seing privé, et que l'écriture de la main de l'obligé est une condition souvent nécessaire.

Quant à la date, elle n'est pas ordinairement nécessaire à la régularité de l'acte, du moins en ce qui regarde les effets de l'acte entre les contractants. Mais elle peut être nécessaire à l'égard des tiers, et pour déterminer, comme nous le verrons bientôt, les effets de l'acte à leur égard (2). Il y a, du reste, certains actes pour lesquels la date est une condition plus ou moins indispensable : telle est la lettre de change, qui doit être datée pour déterminer l'époque de l'échéance et constater la cadacité du tireur (3); telle est l'acceptation d'une lettre de change, lorsque la lettre est à un délai de vue, puisque c'est l'acceptation qui fait courir ce délai (4).

2411. Il est une formalité particulière à laquelle l'article 1325 du Code civil soumet les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques. Aux termes de cet article, ces actes ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ; chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui ont été faits ; néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles ou triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

Cet article est la reproduction d'une jurisprudence qui s'é-

(1) Cass., 8 mars 1854, S., 55, 1, 212 ; Paris, 24 mars 1855, S., 55, 2, 574 ; Cass., 6 déc. 1861, S., 62, 1, 73, et 10 janvier 1870, D., 70, 1, 61. — Voy. cependant Douai, 25 nov. 1853, S., 54, 2, 696.

(2) Voy. *inf.*, n. 2427 et suiv.

(3) C. com., 110.

(4) *Ibid*, 122.

tait assez récemment introduite au Châtelet et au Parlement de Paris (1), jurisprudence qui n'était, d'ailleurs, fondée sur aucune loi, sur aucune ordonnance, aucune coutume, et qui, il faut bien le dire, était contraire aux principes, en ce que, confondant le fait même de la convention avec l'acte qui en est la preuve, elle annulait la convention dans son principe pour une omission qui ne pouvait avoir d'effet que sur l'acte même resté incomplet. Aussi cette jurisprudence n'avait pas échappé à la critique, et bien que le Code ne soit pas allé aussi loin, on lui a reproché, avec raison, d'accorder aux parties contractantes une protection exagérée, en leur imposant la condition d'avoir chacune un double de l'acte qui les oblige, et en allant jusqu'à exiger, par surcroît de précaution, que chaque original mentionne le nombre des originaux qui ont été faits. La précaution peut être quelquefois bonne à prendre; mais il fallait pour cela s'en remettre à la prudence des parties, sans compliquer leurs rapports par des nullités de forme dont la fraude profite plus souvent que la bonne foi.

2412. Il est, au surplus, à remarquer que si l'article 1325 du Code civil dispose que les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, il n'en prononce pas la nullité d'une manière absolue. De là il faut conclure que si l'acte, qui n'est pas fait en autant d'originaux qu'il y a de parties, ou qui ne mentionne pas le nombre des originaux, ne fait pas preuve complète de la convention, il peut cependant faire un commencement de preuve. L'absence de la mention exigée enlève bien à l'acte sa force probante; mais l'acte, revêtu de la signature de la partie à qui on l'oppose, doit avoir autant de force qu'une reconnaissance ou une lettre qui émane de cette partie et qui, sans aucun doute, pourrait servir de commencement de preuve par écrit. Cette opinion, qui est adoptée par la majorité des auteurs (2), avait des partisans

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Double Écrit.*

(2) M. Toullier, t. VIII, n. 322; M. Merlin, *Répert.*, v° *Double Écrit;* M. Delvincourt, t. II, p. 615; M. Troplong, *De la vente*, t. I, n. 33; —

même sous l'empire de l'ancien droit; cependant cela faisait plus de difficulté autrefois qu'aujourd'hui.

2413. Quoi qu'il en soit, les dispositions de l'article 1325 ont toujours paru si exorbitantes et si peu conformes aux règles de l'équité naturelle, que presque tous les auteurs qui ont écrit sur le droit commercial, dans lequel on aime toujours à trouver une tendance à simplifier les formes, et même ceux qui ont écrit sur le droit civil, ont prétendu qu'en matière commerciale les règles auxquelles cet article soumet les actes sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques, cessaient d'être applicables, et qu'il n'était nécessaire ni de faire les actes en autant d'originaux qu'il y avait de parties, ni de faire mention, sur chaque original, du nombre des originaux.

Ainsi, suivant M. Pardessus, il n'est pas nécessaire de rédiger les actes synallagmatiques en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, lorsqu'ils ont pour objet quelque négociation commerciale intervenue entre les commerçants; car, dit-il, dès que ces transactions peuvent être prouvées par la correspondance, les factures, les bordereaux, revêtus d'une simple signature, la preuve testimoniale, même sans limitation à une certaine somme, et les simples présomptions (1), il n'y a pas de motif raisonnable d'exclure la preuve qui résulterait d'un écrit signé des parties, quoique non rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties intéressées, ou qui ne mentionnerait pas sa rédaction en cette forme (2).

M. Toullier adopte l'opinion de M. Pardessus, qu'il cherche à fortifier d'un argument qu'il puise dans l'article 39 du Code de commerce qui porte que les contrats de société en nom collectif ou en commandite, doivent être constatés par des actes publics ou sous signatures privées, en se conformant, *dans ce dernier cas*, *à l'article* 1325 *du Code civil;* d'où M. Toullier conclut que si le législateur a cru nécessaire

Contrà, Duranton, t. XIII, n. 164; Favard., v° *Acte sous seing privé*, sect. I, § 2, n. 10.

(1) Voy. *inf.*, sect. II et III.

(2) *Cours de droit comm.*, n. 245.

de faire aux sociétés l'application spéciale de l'article 1325 du Code civil, on en doit raisonnablement induire que cet article n'est pas applicable, dans les autres cas, aux matières commerciales (1).

M. Duranton a suivi la même voie, en reproduisant le raisonnement dont se sert M. Pardessus (2). MM. Delamarre et Lepoitevin, au système général desquels cette opinion convenait à merveille, se sont empressés de l'adopter, sans la fortifier, d'ailleurs, d'aucune raison nouvelle (3); enfin l'auteur d'un traité sur les preuves, que j'ai eu souvent l'occasion de citer, M. Bonnier, se prononce également pour l'inapplicabilité de l'article 1325 aux matières commerciales, en se fondant sur ce que cet article serait incompatible avec la célérité requise dans les opérations commerciales; et, prévoyant une objection sur laquelle je reviendrai tout à l'heure, il ajoute que l'article 109 du Code de commerce cite bien, parmi les preuves qu'il énumère, les actes sous signature privée, sans faire aucune réserve relativement au nombre des originaux; mais que, par cela seul qu'il admet ensuite la correspondance, il paraît regarder la juridiction consulaire comme autorisée à prendre en considération toute espèce d'écrit (4).

A cette masse assurément si imposante d'autorités, ajoutons un arrêt de la Cour de Trèves, du 30 mai 1810 (5), dans lequel se trouve le germe de l'opinion développée plus tard par M. Pardessus.

Il ne faut pas croire, cependant, que l'opinion contraire ait été complétement désertée. M. E. Vincens applique sans aucune hésitation l'article 1325 aux matières commerciales comme aux matières civiles (6).

Par arrêt du 19 décembre 1816, la Cour de cassation a jugé qu'une police d'assurances maritimes ayant les caractères

(1) T. VIII, n. 342.
(2) T. XIII, n. 149.
(3) T. I, n. 208.
(4) *Des preuves*, n. 566.
(5) S., 3, 2, 283.
(6) *Législ. comm.*, t. II, p. 35.

d'un contrat synallagmatique, lorsque la prime n'est pas payée comptant, était nulle si, rédigée par acte sous seing privé, elle n'était pas faite en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct : appliquant ainsi à un acte essentiellement commercial la rigueur de la règle de l'article 1325 du Code civil (1).

La Cour de Colmar a également jugé, le 28 août 1816, que l'acte sous seing privé constatant une société commerciale en participation (pour la preuve de laquelle aucun acte n'est requis, à la différence de ce qui a lieu pour les autres espèces de sociétés), est soumis à l'article 1325, et doit, pour être valable, être fait en autant d'originaux qu'il y a d'associés (2).

Enfin, la même règle a été appliquée par la Cour de Lyon, le 18 décembre 1826, à tous les actes commerciaux en général, et spécialement à l'acte sous seing privé contenant de la part d'un créancier commercial, adhésion au concordat fait avec un failli (3).

2414. On le voit donc, si les auteurs sont en majorité d'un côté, la jurisprudence est en majorité de l'autre. Je n'hésite pas à croire que la jurisprudence est du bon côté.

Une première remarque doit d'abord attirer notre attention : c'est qu'en matière commerciale, il y a plusieurs espèces de contrats synallagmatiques, et des plus importants, qui doivent incontestablement être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées. Ainsi, l'acte sous seing privé qui constate une société en nom collectif ou en commandite doit être conforme à l'article 1325 du Code civil (4); ainsi, le connaissement qui intéresse l'expéditeur, le destinataire, le capitaine et l'armateur, doit être fait en quatre originaux au moins (5); ainsi, la charte-partie, dont le nom seul indique que l'usage ancien du commerce maritime était de mettre chacun des contractants en possession de la preuve

(1) S., 5, 1, 262.
(2) *Ibid.*, 5, 2, 194.
(3) *Ibid.*, 8, 2, 301.
(4) C. comm., 39.
(5) *Ibid.*, 282.

du contrat, ne pourrait être faite en simple original sans mentir à tous ses antécédents historiques; ainsi, avant la loi du 23 mai 1863, un contrat de prêt sur gage, qui était soumis, même entre commercants, à toutes les formalités du Code civil, devait toujours être fait en double original, l'un pour le prêteur, l'autre pour l'emprunteur (1); ainsi, le compromis et l'acte qui nommait des arbitres dans un arbitrage forcé devaient être faits doubles ou triples, selon le nombre des parties intéressées; et il serait impossible de trouver dans tout le droit commercial une disposition qui affranchit ces actes des formes ordinaires et de droit commun.

2415. Il faut remarquer ensuite qu'il y a certains actes commerciaux qui, bien que synallagmatiques, échappent en vertu d'une disposition expresse à l'observation de l'article 1325. Ainsi, le bordereau d'un agent de change ou d'un courtier, dûment signé par les parties (2), est un acte d'une nature particulière qui, bien que privé sous certains rapports, est régi par des principes spéciaux, et n'a pas besoin d'être double pour faire foi de la négociation qu'il constate (3) : c'est moins l'acte des parties que de l'intermédiaire qui les a mises en rapport. Ainsi, la facture du vendeur, qui fait preuve complète de la vente quand elle est acceptée par l'acheteur, n'est pas non plus soumise à la formalité du double écrit, parce que c'est l'acceptation qui la rend commune aux deux parties, et que l'article 109 n'exige rien de plus pour en assurer l'efficacité. Enfin, on peut en dire autant de la lettre de voiture, dont l'article 102 du Code de commerce décrit minutieusement les formes sans exiger qu'elle soit faite en plusieurs originaux : d'où l'on peut conclure que, dans ce cas encore, l'article 1325 cesse d'être applicable, bien qu'il arrive quelquefois que la lettre de voiture soit faite en triple original, dont l'un reste aux mains de l'expéditeur, l'autre est remis au voiturier, et le troisième est envoyé au destinataire : ce qui a lieu surtout lorsque la lettre de voiture

(1) Voy. *inf.*, le chap. du *Nantissement*.
(2) Voy. *inf.*, n. 2440.
(3) C. comm., 109.

est à ordre (1). M. E. Vincens, se fondant sur ce que la lettre de voiture a pour but de constater un engagement synallagmatique, exige impérieusement qu'elle soit toujours faite en double original, un pour l'expéditeur, l'autre pour le voiturier (2); mais je crois que c'est aller trop loin, et que les termes de l'article 102 du Code de commerce résistent à cette exigence.

2416. La question de savoir si l'article 1325 s'applique en matière de commerce, se trouve donc considérablement restreinte; et, en définitive, je ne vois guère que le contrat de vente, le contrat de commision, et leurs analogues dans lesquels elle puisse se présenter. Renfermée dans ces termes, je pense qu'elle doit être résolue dans le sens de l'applicabilité de l'article 1325.

Je suis d'abord frappé d'une considération qui n'a pas échappé à la sagacité de M. Bonnier : c'est que l'article 109 du Code de commerce, qui énumère les divers moyens de preuves admis en matière commerciale, y fait figurer les actes sous signature privée, et cela sans explication, sans restriction ni réserve, de même qu'il y fait figurer les actes publics, se référant ainsi au Code civil pour tout ce qui concerne les uns et les autres, leurs conditions, leurs formes et leurs effets. Comment alors prétendre qu'en droit commercial les actes sous seing privé ne sont pas assujettis aux mêmes formalités qu'en droit civil, lorsque, sur ce point spécial, le Code de commerce, loin de contredire le Code civil s'y réfère essentiellement et la confirme autant que cela est en lui ? Il faudrait pour cela que l'ensemble des autres dispositions de l'article 109 répugnât à l'accomplissement de ces formalités ou les rendît inutiles. C'est en effet ce que prétendent les adversaires de l'article 1325 ; mais je crois qu'ils sont dans l'erreur.

On dit que les achats et ventes entre commerçants, ou les autres contrats commerciaux auxquels s'applique l'article 109, se constatant, d'après cet article, non-seulement par les actes publics ou sous signature privée, ou par le bordereau de l'agent de change ou du courtier, mais en-

(1) Lyon, 10 janv. 1826, S , 8, 2, 175.
(2) T. I, p. 622.

core par une facture acceptée, par la correspondance, par les livres des parties, par la preuve testimoniale, il n'y a aucun motif pour exiger que les actes sous seing privé, destinés à constater des conventions commerciales, soient en plusieurs originaux, et pour rejeter la preuve qui résulterait d'un simple acte : c'est là ce que répètent à l'envi M. Pardessus, M. Toullier, M. Duranton et M. Bonnier. Mais cette manière de raisonner déplace la question.

En effet, il ne s'agit pas de savoir si la preuve d'un contrat commercial peut être faite autrement que par un acte sous seing privé, double ou triple, ni si le commencement de preuve qui résulterait d'un acte simple, peut être complété d'une autre manière? Qui doute de l'affirmative? Sauf le cas où un acte écrit est exigé par la loi, on peut en matière commerciale, mieux encore qu'en matière civile, suppléer à l'acte écrit par tous les moyens de preuve que la loi met à la disposition des parties; et un acte simple, qui peut servir de commencement de preuve écrite en matière civile, peut en servir également en matière commerciale. De ce que certains moyens de preuve sont plus facilement admis en matière commerciale qu'en matière civile; de ce que les moyens de preuve sont plus nombreux en matière commerciale qu'en matière civile, il en résulte sans doute qu'il y a moins d'intérêt en matière commerciale qu'en matière civile à se pourvoir d'un acte sous seing privé fait en autant d'originaux qu'il y a de parties. Mais encore une fois, là n'est pas la question.

La question est de savoir si un acte sous seing privé fait simple, qui, en matière civile, ne serait pas valable, c'est-à-dire qui ne ferait pas foi par lui-même et nécessairement d'un contrat synallagmatique, est valable en matière commerciale et fait foi par lui-même et nécessairement. Or, il est bien évident que la force probante accordée par l'article 109 du Code de commerce aux bordereaux et aux factures, qui sont des actes sous seing privé d'une espèce toute particulière, à la correspondance et aux livres des parties, qui ne sont pas des actes sous seing privé, ne résout pas la question. L'acte sous seing privé fait simple n'est

ni un bordereau, ni une facture, ni une lettre missive, ni un article des livres : c'est un acte *suigeneris* qui, valable ou non valable, a ou peut avoir des effets qui lui sont propres ; mais c'est se livrer à une étrange préoccupation que de conclure de la force probande d'actes ou de documents avec lesquels l'acte sous seing privé n'a aucun rapport, à la force probante ou à la validité de l'acte sous seing privé qui n'est pas fait en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées. Il faut donc en revenir à la disposition par laquelle l'article 109 met les actes sous seing privé au nombre des moyens de preuve admis en matière commerciale, et en tirer cette conséquence nécessaire, que non-seulement la loi commerciale ne dispense pas les actes sous seing privé constatant des contrats synallagmatiques entre commerçants, des formalités de l'article 1325 du Code civil, mais encore qu'il confirme cet article autant qu'il était possible de le faire sans redondance ni superfétation.

Quant à l'argument tiré de l'article 39 du Code de commerce, d'après lequel les sociétés doivent être constatées par actes publics ou sous signature privée, *en se conformant dans ce dernier cas à l'article* 1325 *du Code civil;* d'où l'on conclut que le soin même que le législateur aurait pris dans ce cas, de se référer à l'article 1325, prouve qu'en général cet article est sans application aux contrats commerciaux (1) : il ne peut en avoir aucune valeur en présence de l'article 109 qui, infiniment plus général, laisse les actes sous seing privé constatant des contrats commerciaux sous l'empire des règles du droit commun. D'ailleurs, la forme même de l'article 39 indique que le législateur n'a pas entendu faire une disposition spéciale aux actes de société, mais rappeler, en l'énonçant, une règle générale. Et, en effet, M. Locré (2) nous apprend que la disposition finale de l'article 39, qui n'était pas dans le premier projet, a été ajoutée sur la proposition du Tribunat. Le Tribunat, dit-il, aurait

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 208.
(2) *Esprit du Code de comm.*, sur l'art. 39.

désiré que « tout acte de société fût passé devant notaire; mais en admettant qu'ils pussent être sous signature privée, il croyait du moins utile de rappeler quelles formes sont nécessaires à leur validité. » On le voit donc, l'article 39 ne s'est pas proposé d'introduire, en matière des sociétés commerciales, une règle spéciale à cette espèce de contrat, mais seulement de rappeler une règle générale : en un mot, il contient une redondance que l'article 109 a su éviter.

En résumé, en matière commerciale, comme en matière civile, les actes sous seing privé constatant des conventions synallagmatiques, doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées; mais en matière commerciale, plus encore qu'en matière civile, on peut suppléer, par toutes sortes de preuves légales, à la preuve que l'acte sous seing privé ne peut faire d'une manière complète que lorsqu'il est régulier (1).

2417. Au surplus, en supposant que les contrats synallagmatiques commerciaux fussent affranchis des formalités prescrites par l'article 1325, cette exception ne pourrait pas être invoquée par les commerçants contre les non-commerçants avec qui ils auraient traité, et qui, en traitant, n'auraient pas fait acte de commerce. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation, le 8 novembrs 1843, dans une espèce où il s'agissait d'une souscription à un ouvrage de librairie, constatée par un simple bulletin de souscription signé du souscripteur, et non par un acte fait double entre l'acheteur et le libraire-éditeur. Le souscripteur soutenait qu'il n'était pas lié par le bulletin qu'il avait signé, et que, la convention étant synallagmatique, il aurait fallu la constater par un acte fait double. Le libraire soutenait, au contraire, que la matière étant commerciale, l'article 1325 était inapplicable ; et il demandait de plus à prouver le fait et les conditions de la souscription soit par des présomptions, soit par les autres moyens autorisés par l'article 109. La prétention de l'éditeur, rejetée par le tribunal de première instance, le fut également par la Cour de cassation, en ces termes : — « Attendu

(1) M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 454.

que le jugement attaqué a déclaré et reconnu en fait qu'il existait entre les parties une convention synallagmatique relative à la vente de l'*Histoire des Ordres monastiques*; — que cette vente étant faite, non point de commerçant à commerçant, mais de la part d'un libraire à un particulier, qui voulait conserver cet ouvrage dans sa bibilothèque, n'a point dès lors été assujettie à la loi commerciale, mais est restée dans le droit commun; que, par conséquent, elle n'était point dans le cas d'être prouvée suivant les dispositions de l'article 109 du Code de commerce; que s'agissant d'un acte sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques, c'est avec raison que le jugement attaqué a fait l'application de l'article 1325 du Code civil (1). »

La Cour de Paris a rendu un arrêt semblable le 2 mai 1849, à l'occasion de souscriptions à un ouvrage intitulé le *Plutarque français* (2).

Ces arrêts n'avaient pas à juger la question de savoir si, entre commerçants, l'article 1325 eût été applicable; cependant leurs motifs supposent que, dans tous les cas, l'acte eût dû être fait en double original dès qu'il s'agissait d'un acte sous seing privé, contenant des conventions synallagmatiques.

2418. Terminons, par quelques observations de détail, l'exposé des règles relatives à l'obligation de faire les actes sous seing privé en plusieurs originaux.

L'article 1325 veut que l'acte sous seing privé, contenant des conventions synallagmatiques, soit fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Mais est-il nécessaire, à peine de nullité, que l'original de chacune des parties soit signé par elle, alors qu'il est signé par les autres? La question a d'autant plus d'intérêt, qu'en général les parties qui contractent par actes sous signature privée, se bornent à échanger leurs signatures, se réservant de signer elles-mêmes plus tard l'original qui leur est remis revêtu de la signature des autres parties, et qu'il peut arriver qu'une circonstance imprévue, la mort par exemple, empêche de remplir cette for-

(1) S., 43, 1, 853.
(2) *Ibid.*, 49, 2, 637.

malité. Sous l'ancien droit, on tenait l'acte pour valable nonobstant le défaut de signature de la partie sur son original, quand cet original était signé par les autres. « On a demandé, dit l'auteur de l'article *Double écrit* au *Répertoire* de Guyot, s'il fallait essentiellement que la signature de toutes les parties fût sur chaque exemplaire de l'écrit; mais il a été décidé que cette signature n'était pas nécessaire, d'abord, parce qu'il est assez ordinaire que les parties se contentent de l'échange de leurs signatures; en second lieu, parce qu'il n'est pas nécessaire que le porteur d'un exemplaire signé de l'autre partie y mette sa propre signature, attendu qu'il n'a pas besoin de s'engager avec lui-même. C'est aussi ce qui a été jugé au parlement de Bretagne, le 27 mars 1738, par un arrêt rapporté au journal de ce même parlement (1). »

M. Toullier est du même avis : « Les deux doubles, dit-il, font un tout indivisible signé des deux parties : il est donc évident que la signature de toutes les parties sur chaque double n'est point essentielle, lorsque les deux doubles paraissent; si l'autre partie ne représente pas le sien, il est prouvé qu'elle le recèle. Il y a contre elle une preuve écrite, contre laquelle ses dénégations viendraient échouer: par l'original représenté, il est dit que l'acte a été fait double; ce fait est attesté par la signature du contractant qui l'a souscrit (2). »

Tel est aussi le sentiment de M. Duranton (3).

Je partage l'opinion de ces auteurs ; mais seulement pour le cas où les deux originaux d'un acte fait double sont représentés : alors, il est vrai de dire que les deux doubles se complétant l'un par l'autre, et présentant par leur réunion la signature des deux parties, forment un tout indivisible. Mais quand un seul double, signé seulement par la partie à qui on l'oppose, est représenté, et qu'on ne représente pas le double signé par l'autre partie, on ne peut plus dire qu'il y a un acte complet. Il n'y a plus qu'un acte incomplet, un projet d'acte ou de con-

(1) *Répert.*, v° *Double Écrit*, n. 6.
(2) T. VIII, n. 344.
(3) T. XIII, n. 156. — Voy. aussi Bordeaux, 16 déc. 1844, S., 45, 2, 548, et Nancy, 23 juin 1849, S., 52, 2, 454.

vention, auquel le consentement des parties n'est pas venu donner la perfection. Quand M. Toullier oppose que l'original représenté mentionne qu'il a été fait double, et qu'il y a dès lors preuve écrite contre la partie qui l'a signé et qui refuse de représenter son original, il tourne dans un cercle vicieux et décide la question par la question, puisqu'il s'agit précisément de savoir si l'acte signé par une seule des parties a la même force que s'il était signé par toutes, et s'il fait preuve contre celui dont la signature isolée témoigne sans doute de son consentement, mais d'un consentement isolé qui a pu être révoqué tant que la signature de l'autre partie ne témoigne pas que son consentement est venu s'y joindre. Dans le doute cet acte incomplet peut servir de commencement de preuve par écrit de la convention qu'il contient, mais il n'en est pas une preuve nécessaire et immédiate.

Il est d'ailleurs constant que le défaut de mention qu'un acte sous seing privé a été fait double n'entraîne pas la nullité de cet acte, lorsque la convention qu'il constate est d'ailleurs reconnue par toutes les parties (1).

2419. On s'est demandé si la nullité d'un acte sous seing privé, prise de ce que l'acte n'a pas été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, est couverte par le dépôt de l'acte entre les mains d'un tiers, effectué du consentement de toutes les parties. Il faut distinguer : si ce tiers est un officier public ayant qualité pour devenir dépositaire de l'acte, par exemple, si c'est un notaire qui, du consentement de toutes les parties, met l'acte au nombre de ses minutes, pour en délivrer ensuite expédition aux intéressés, l'acte acquiert une sorte d'authenticité qui rend inutile l'observation des formalités prescrites par l'article 1325 (2). M. Toullier va même jusqu'à dire que le dépôt de l'acte chez un notaire, effectué par une seule des parties, aurait encore pour effet d'en couvrir la nullité, si le déposant faisait notifier le dépôt aux autres parties (3). Cependant, je ne crois pas qu'on puisse al-

(1) Cass., 16 mai 1859, S., 59, 1, 611.
(2) Cass., 25 fév. 1835, S., 35, 1, 225, et 29 mars 1852, S., 52, 1, 285.
(3) T. VIII, n. 325.

ler jusque-là. La nullité serait sans doute couverte par le déposant qui aurait, par là, tout au moins manifesté son intention d'exécuter l'acte, mais elle ne serait pas couverte à l'égard des autres parties, qui n'auraient rien fait d'où l'on pût induire leur renonciation au moyen de nullité (1).

Si, au contraire, le dépôt, au lieu d'être fait entre les mains d'un notaire, était fait entre les mains d'un tiers qui n'aurait ni qualité, ni caractère, pour recevoir l'acte, le conserver, ou en délivrer des expéditions, la nullité ne serait pas couverte. Qu'a voulu la loi, en exigeant autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct? Elle a voulu que chaque partie eût un original à sa disposition et ne se trouvât jamais à la discrétion de son adversaire. Or, si le dépôt de l'acte, chez un notaire qui peut en délivrer expédition à toutes les parties, supplée à l'inobservation de l'article 1325, en mettant une expédition à la disposition de toute partie intéressée, il n'en est pas de même du dépôt de l'acte entre les mains d'un tiers qui, en communiquant l'acte à l'une des parties, empêche qu'il ne puisse être à la disposition de l'autre (2).

2420. Remarquons, enfin, que, l'acte sous seing privé ne devant être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, que lorsqu'il contient une convention synallagmatique, il faut en conclure que si la convention, de synallagmatique qu'elle était dans l'origine, devient unilatérale au moment où il en est passé acte, l'acte peut n'être fait qu'en un seul original qui devient le titre de la partie envers laquelle l'autre partie reste obligée (3). Ainsi, rien de plus synallagmatique que le contrat de vente qui oblige le vendeur à livrer la chose, et l'acheteur à en payer le prix : cependant, lorsque le prix a été payé, ou la chose livrée, l'acte portant vente peut être fait en un seul original, qui reste entre les mains du vendeur ou de l'acheteur, selon que l'un ou l'autre est encore

(1) Bordeaux. 15 mars 1829, S., 9, 2, 230.

(2) Caen, 24 avril 1822, S., 7, 2, 61. — Voy. en sens contraire, Grenoble, 2 août 1839, *ibid.*, 40, 2, 196.

(3) Voy. M. Troplong, *De la vente*, n. 114; Duranton, t. XIII, n. 147; Marcadé, sur l'art. 1325. — V. cass., 11 janv. 1864, S., 64, 1, 119.

obligé, parce que l'obligation de livrer ou celle de payer devient une obligation unilatérale (1).

Ainsi encore, en matière d'assurances maritimes, contrat essentiellement synallagmatique, quand la prime est payée comptant ou en billets par l'assuré, il ne reste plus qu'une obligation unilatérale de la part de l'assureur, et la police peut être faite en un simple original (2). Tandis que l'assurance terrestre, où la prime est payée par annuités pendant la durée de l'assurance, doit toujours être faite en double original, l'un pour l'assureur, l'autre pour l'assuré.

2421. Il est inutile d'ailleurs de faire observer que l'acte sous seing privé synallagmatique fait double n'est valable qu'autant que les deux originaux sont conformes. Cependant des différences qui ne toucheraient pas à la convention elle-même et à ses conditions, et qui ne porteraient que sur la rédaction, sans atteindre le sens, n'empêcheraient pas l'acte d'être valable. Il y a plus : si le défaut de conformité touchant au fond de la convention était le résultat d'une fraude imputable à l'une des parties, cette partie ne pourrait se prévaloir d'une irrégularité qui serait son œuvre ; et le double reconnu sincère et véritable devrait recevoir son exécution (3).

2422. Tel est l'ensemble des formalités dont dépend la validité des actes sous seing privé, et qui sont relatives à la signature, à l'écriture et au nombre des originaux.

Toutefois, comme rien n'atteste qu'une écriture et une signature soient celles de la personne à qui on les attribue, l'acte sous seing privé ne produit tous les effets qui sont en lui que lorsqu'il est reconnu par la personne à qui on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu. Cette reconnaissance peut avoir lieu expressément ou tacitement. Elle a lieu expressément, quand celui qui forme une demande fondée sur un acte sous seing privé assigne en même temps le défendeur pour avoir acte de

(1) Montpellier, 10 juin 1828, S., 9, 2, 93 ; Bordeaux, 20 janv. 1834, S., 34, 2, 281.

(2) Pardessus, n. 793 ; Boulay-Paty, *Droit marit.*, t. II, p. 250. — Voy. *sup.*, n. 2413.

(3) Cass., 16 mai 1859, S., 59, 1, 611.

sa reconnaissance de l'écriture ou de la signature de l'acte dont copie est donnée en tête de l'exploit, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu (1). Dans ce cas, le défendeur est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature, si l'acte sous seing privé lui est attribué; ou, s'il est attribué à son auteur, de déclarer s'il en connaît ou n'en connaît pas l'écriture ou la signature (2). Si le défendeur fait défaut ou se tait, l'écriture est tenue pour reconnue (3); s'il la reconnaît, tout est dit, et l'instance suit son cours sur le fond. Si, au contraire, il la méconnaît, la vérification en est ordonnée dans les formes tracées par le Code de procédure. La reconnaissance a lieu tacitement, quand celui qui forme en justice une demande fondée sur un acte sous signature privée, au lieu d'assigner en même temps le défendeur pour avoir acte de sa reconnaissance ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu, se borne à conclure à l'exécution de l'obligation. Alors le défendeur peut, par voie d'exception, déclarer qu'il dénie l'écriture ou qu'il ne la connaît pas, auquel cas on procède à la vérification dans la forme ordinaire; mais il peut aussi ne pas proposer l'exception et se borner à défendre au fond; et alors il est censé reconnaître l'écriture et la signature de l'acte, et cette reconnaissance tacite a la même force qu'une reconnaissance expresse.

2423. Sous l'ancien droit, un édit du mois de décembre 1684, contenant des dispositions analogues à celles que renferment aujourd'hui le Code civil et le Code de procédure, sur la nécessité de la reconnaissance d'écriture et de la vérification quand l'écriture est méconnue, voulait que l'on statuât d'abord sur la reconnaissance, et que les parties fussent ensuite renvoyées à procéder au principal, d'où semblait résulter la nécessité d'une reconnaissance expresse. D'un autre côté, une déclaration du 15 mai 1703 portait que l'édit de 1684 ne s'appliquait qu'aux actes privés ordinaires et non aux actes de commerce, à l'égard desquels il était dit que : « les porteurs pourraient obtenir

(1) C. proc., 193.
(2) C. civ., 1323.
(3) C. proc., 194.

condamnation sur de simples assignations, en la manière ordinaire, sans qu'au préalable il fût besoin de procéder en reconnaissance, sinon en cas que le défendeur déniât la vérité desdits actes; » de telle sorte que la reconnaissance tacite admise en matière commerciale ne l'était pas en matière civile. Mais sous le nouveau droit ce serait se montrer par trop formaliste que de faire la même distinction; et il faut dire, avec M. Carré (1), qu'on doit procéder aujourd'hui, devant les tribunaux ordinaires, comme on procédait autrefois devant les juridictions commerciales, parce que le Code de procédure ne porte pas, comme l'édit de 1684, auquel la déclaration de 1703 faisait exception en matière commerciale, que l'on doive statuer préalablement sur la reconnaissance, et renvoyer ensuite à procéder au principal. Toutes les fois donc qu'une pièce est produite au soutien des conclusions du demandeur à fin d'exécution de l'obligation qu'elle renferme, il n'est pas besoin de demander la reconnaissance de cette pièce, il suffit qu'on la produise. C'est à la partie adverse, en répondant à la demande, à déclarer qu'elle la dénie ou qu'elle ne la reconnaît pas, et alors il y a lieu à vérification d'écriture; dans le cas contraire, le silence de la partie équivaut à une reconnaissance (2).

2424. Néanmoins, il faut bien remarquer que si le demandeur se bornait, dans son assignation, à conclure au payement de la promesse ou à l'exécution de l'acte, sans conclure, de plus, à ce que le défendeur reconnût l'écriture ou à ce qu'elle fût tenue pour reconnue, et que si sur cette assignation le défendeur faisait défaut, l'écriture et la signature ne pourraient pas être tenues définitivement pour reconnues, le défendeur serait encore recevable, sur l'oppositon par lui formée au jugement qui adjugerait les conclusions du demandeur, à déclarer qu'il ne reconnaît ni l'écriture ni la signature de l'acte qu'on lui oppose. Mais je ne saurais admettre, avec M. Toullier (3),

(1) *Lois de la proc.*, n. 797, *ad notam.*
(2) Lepage, *Quæst. sur le Code de procéd.*, n. 172 et 173; Delaporte, t. I, p. 195 et 196.
(3) T. VIII, n. 230.

que, dans le cas où le défendeur fait défaut, le tribunal ne puisse adjuger au demandeur qui n'aurait pas conclu à la reconnaissance de l'écriture, les conclusions par lesquelles il se serait borné à demander l'exécution de l'acte, et qu'il y eût alors nécessité de donner une seconde assignation au défaillant; car si cette seconde assignation était dans les mêmes termes, il n'y aurait pas de raison pour n'en pas donner une troisième et ainsi de suite jusqu'à l'infini, ce qui serait exposer le demandeur, dont la demande serait régulière en la forme et pourrait être juste au fond, à des frais et à des retards qui ne profiteraient à personne, puisque le droit d'opposition suffit à la conservation des intérêts du défendeur.

2425. L'acte sous seing privé, reconnu ou légalement tenu pour reconnu, a, aux termes de l'article 1322, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant-cause, la même foi que l'acte authentique : c'est-à-dire qu'il fait preuve complète du fait qu'il énonce, soit qu'il s'agisse de la formation, soit qu'il s'agisse de l'extinction d'une obligation.

2426. Mais remarquons bien que l'article 1322 dit seulement que l'acte sous seing privé, reconnu ou tenu pour reconnu, a la même *foi* que l'acte authentique ; il ne dit pas qu'il a la même *force*. En effet, nous avons vu que l'acte authentique est susceptible d'exécution parée, c'est-à-dire que lorsqu'il est revêtu de la formule exécutoire, il n'a pas besoin pour pouvoir être mis à exécution de la sanction d'une autorité étrangère. Celui qui est débiteur en vertu de cet acte peut être immédiatement poursuivi et exécuté, soit dans sa personne, soit dans ses biens, sans qu'il faille préalablement s'adresser aux tribunaux pour obtenir une condamnation. L'acte sous seing privé, au contraire, n'emporte par lui-même aucune exécution : ce n'est qu'un titre pour s'adresser à la justice et obtenir un jugement ; c'est ce jugement qui, ensuite, est mis à exécution. Plusieurs passages de Casaregis pourraient faire croire que l'ancien droit commercial italien accordait l'exécution parée à certains contrats commerciaux qu'il est d'usage de faire sous signatures privées, par exemple aux lettres de change. Caseregis dit, en effet, dans son deux cent dix-septième discours, que la faveur

due au commerce a fait accorder aux lettres de change la force d'un acte authentique. Mais il résulte, des expressions dont il se sert, que cette force est bornée à la preuve et ne s'étend pas à l'exécution : *Favor publici commercii illis tribuit vires publici instrumenti, et sine testibus, aliisque similibus solemnitatibus, plenam probationem faciunt* (1). Il est vrai qu'il dit ailleurs que, selon l'usage général, et d'après les statuts de Florence et de Livourne, les lettres de change ont l'exécution parée *executionem paratam* (2); mais il n'entend pas par là qu'on puisse les exécuter sans avoir recours au juge. Il veut dire que le juge ne peut en suspendre l'exécution, ce qui est conforme à la loi française qui, en matière de lettres de change, interdit aux juges d'accorder des délais de grâce. *Contra litteras cambii nulla exceptio adduci valet, nam cùm ipsæ privilegio executionis paratæ potiantur, non solùm de consuetudine platearum, sed etiam ex lege particulari Liburni, immediatè absque ullâ contradictione solvi debeant* (3).

C'est encore dans le même sens qu'il faut entendre la décision de la Rote de Gênes, qui accorde la force d'un acte authentique aux billets souscrits par les négociants. *Cedulæ et litteræ quæ mittentur inter mercatores habent vim publicorum instrumentorum ex consuetudine præsertim in his locis in quibus viget maxima mercium et negotiorum frequentia, ut hic Genuæ, et consuetudo potest facere scripturam privatam authenticam* (4). C'est, en d'autres termes, la disposition de l'article 1322, qui accorde à l'acte sous seing privé reconnu ou tenu pour reconnu la même foi qu'à l'acte authentique.

2427. Cependant, il est un point de vue sous lequel le droit civil refuse à l'acte sous seing privé la foi qu'obtient l'acte authentique, ou du moins, ne la lui accorde que sous certaines conditions. Aux termes de l'article 1238, les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui

(1) *Disc.* 217. n. 24. — Voy. aussi Ansaldus, *Disc.* 65, n. 14.
(2) *Disc.* 111, n. 1; *Disc.* 143, n. 16.
(3) *Disc.* 143, et 16.
(4) Décis. 129, n. 8.

les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire.

De là naît une question fort grave, qui consiste à savoir si l'article 1328 est limitatif, ou simplement démonstratif; en d'autres termes, si la certitude de la date d'un acte sous seing privé peut être établie à l'égard des tiers par des moyens autres que ceux qui sont indiqués par cet article; et si, dans le cas où il serait limitatif, sa disposition devrait être restreinte aux matières civiles, ou étendue aux matières commerciales. Il s'agit donc d'examiner la portée de l'article 1428, en matière civile d'abord, ensuite en matière commerciale.

« Les actes sous signature privée, dit Pothier (1), ont cela de moins que les actes authentiques, que ceux-ci ayant une date constante par le témoignage de l'officier public qui a reçu l'acte, font foi contre les tiers que la chose contenue dans l'acte s'est passée dans le temps porté par l'acte, au lieu que les actes sous signature privée, étant sujets à être antidatés, ne font ordinairement foi contre les tiers, que la chose qu'ils renferment s'est passée, sinon du jour qu'ils sont rapportés et produits aux tiers. — C'est pourquoi, ajoute-t-il, si j'ai fait saisir réellement l'héritage de mon débiteur, et que le laboureur qui est dans cet héritage s'oppose à la saisie, et prétende que l'héritage lui appartient ; si, pour le prouver, il produit un acte sous signature privée par lequel il est dit que mon débiteur lui a vendu cet héritage, et que cet acte ait une date antérieure, non-seulement à ma saisie réelle, mais encore à ma créance, il n'obtiendra pas pour cela la mainlevée, qu'il demande; car cet acte étant sous signature privée, ne prouve point contre moi, qui suis un tiers, que la vente qu'il renferme s'est faite le jour porté par l'acte; cet acte n'a de date que du jour qu'il est produit contre moi et qu'il m'est présenté; et comme il n'est présenté qu'après la saisie réelle, il ne prouve pas que l'héritage lui ait été vendu, sinon depuis la saisie réelle, temps auquel il n'était plus au pouvoir de mon

(1) *Des oblig.*, n. 715.

débiteur de le vendre au préjudice de ma saisie. Si néanmoins l'acte sous signature privée avait une date constatée, *putà*, par le décès de quelqu'une des parties qui l'aurait souscrit, il ferait foi même contre un tiers, que la chose contenue dans l'acte s'était déjà passée, au moins au temps de la mort de la partie qui l'a souscrit. »

Comme on le voit, Pothier, en refusant à l'acte sous seing privé tout effet à l'égard des tiers, lui en accorde cependant à partir du jour où la date a été assurée par des circonstances qui rendent l'antidate impossible; et, pour exemple de ce genre, il cite par démonstration le décès de l'un des signataires. Sous l'empire de cette doctrine, qui reposait sur l'équité pure et sur le raisonnement, il est manifeste qu'il n'y avait aucune limite dans le choix des circonstances qui pouvaient donner la certitude à la date de l'acte, et que dès lors le juge avait toute liberté pour apprécier ces circonstances et pour accorder ou refuser à l'acte sous seing privé un effet quelconque à l'égard des tiers.

En est-il de même aujourd'hui ? Je ne le pense pas. La matière n'est plus régie par une opinion doctrinale, mais par une disposition légale, dont il me semble impossible de méconnaître le caractère essentiellement restrictif. L'article 1328 ne dit pas que les actes sous seing privé ont date contre les tiers du jour de l'accomplissement des formalités et des circonstances qu'il indique, auquel cas on pourrait conclure de cette formule simplement énonciative que l'article 1328 n'est pas limitatif. Cet article porte : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire. » L'article 1328 ne procède donc pas par voie d'exemple, mais par voie d'exclusion : dire qu'une chose ne peut être prouvée que d'une manière, c'est dire qu'elle ne peut être prouvée par aucune autre manière. On ne saurait donc trop s'étonner de voir M. Toullier, sous prétexte qu'il y a d'autres circonstances qui rendent l'antidate impossible, décider

que la disposition de l'article 1328 n'est pas limitative, mais seulement démonstrative(1). La question, en effet, n'est pas de savoir si, doctrinalement et philosophiquement, on peut trouver des circonstances de nature à certifier la date des actes sous seing privé à un degré suffisant, ou égal aux trois circonstances déterminées par l'article 1328; mais si l'article 1328 permet de s'en rapporter à d'autres circonstances qu'à celles qu'il détermine. Or, la question est résolue par le texte exprès de cet article. Aussi M. Toullier s'est-il trouvé seul de son opinion, qui a été combattue par M. Duranton (2), par M. Bonnier (3), par M. Marcadé (4), par M. Larombière (5), par MM. Aubry et Rau (6), et contre laquelle la jurisprudence, après quelques hésitations, s'est en définitive prononcée (7).

Il suit de là qu'en droit civil une convention n'est opposable aux tiers qu'autant qu'elle est constatée par un acte dont l'authenticité certifie la date, ou qui, s'il est sous seing privé, a reçu une date certaine par l'un des moyens limitativement déterminés dans l'article 1328. Vainement donc prouverait-on autrement que par un écrit et ayant une date certaine l'existence d'une convention, cette convention, bonne entre les parties qui seraient tenues de l'exécuter,ou de payer des dommages-intérêts à défaut d'exécution possible, ne pourrait, malgré son existence et sa date également certaines, être opposée aux tiers dont les droits personnels sont protégés par l'article 1328 du Code civil. Cette règle du reste n'a rien d'exorbitant ni de contraire aux usages de la vie civile ; car l'enregistrement offre toujours un moyen simple et facile de faire acquérir une date certaine aux actes qui peuvent en avoir besion; si ce moyen n'a pas été employé, les parties ne doivent s'en prendre qu'à elles des embarras et des obstacles qu'elles rencontrent

(1) T. VIII, n. 241 et 242.
(2) T. XIII, n. 131.
(3) *Des preuves*, n. 573.
(4) Sur l'art. 1328.
(5) Sur l'art. 1328.
(6) T. VI, p. 407.
(7) Voy. la Table gén. de Devilleneuve et Gilbert, v° *Date certaine*.

dans l'exécution des actes qui les intéressent et qui sont contraires aux droits acquis par des tiers.

2428. Mais cette règle est-elle applicable aux matières commerciales? Les contrats commerciaux ne sont-il opposables aux tiers qu'autant qu'ils sont contractés par actes sous signature privée, dont une des trois circonstances prescrites par l'article 1328 a certifié la date? Les auteurs se prononcent généralement pour la négative, mais sans trop approfondir la question, qui cependant en vaut la peine.

2429. Remarquons, en premier lieu, qu'il y a certains contrats commerciaux auxquels une disposition expresse attribue une date certaine, autrement que par les moyens indiqués dans le Code civil.

Tels sont les actes qui, par une disposition spéciale de la loi commerciale, doivent être datés. Il est évident, en effet, que cette formalité, que d'ailleurs le droit commun n'exige pas ordinairement, est surtout un moyen donné aux parties de fixer la date du contrat à l'égard des tiers, puisque la date du contrat n'importe habituellement qu'aux tiers, et que relativement aux parties et en ce qui touche leurs droits réciproques la date est presque toujours indifférente. Si la loi commerciale n'avait eu en vue que les droits respectifs des parties, elle n'aurait pas eu besoin de mettre la date au nombre des formalités nécessaires de certains actes sous seing privé ; en disant de certains actes sous seing privé qu'ils doivent être datés, elle a donc principalement eu en vue les rapports des parties avec les tiers ; et conséquemment la date qui figure dans l'acte doit avoir un caractère de certitude à l'égard des tiers, sous peine d'être presque complétement inutile. C'est ce qui sera rendu sensible par quelques exemples.

Aux termes de l'article 110 du Code de commerce, la lettre de change doit être datée ; pourquoi cela? est-ce dans l'intérêt des personnes qui sont parties au contrat ? Nullement. La jurisprudence a très-bien su déterminer à cet égard la portée de l'article 110 du Code de commerce, en décidant que le défaut de date dans une lettre de change ou dans un billet à ordre n'en entraîne pas la nullité, lorsque la circonstance de

la date, à une époque ou à une autre, n'est pas de nature à changer le *droit* (1), ce qui revient à dire que la date n'est exigée que dans l'intérêt des tiers, qui seuls, sous le rapport commercial, peuvent avoir intérêt à contester le droit. « La date, dont l'omission n'anéantit pas, en général, les engagements ordinaires, dit M. Pardessus (2), en commentant l'article 110, est requise non-seulement pour que le tireur ne puisse pas dissimuler l'incapacité dont il serait frappé, mais encore pour que, dans aucun cas, il ne puisse nuire à ses créanciers s'il était sur le point de faillir. En effet, un commerçant, dans ce cas, pourrait tirer des lettres de change dont le défaut de date ne permettrait pas de vérifier le véritable instant de souscription, et de suivre l'emploi. » Si donc la date prouve, vis-à-vis des tiers, que la lettre de change a été souscrite en temps opportun, c'est qu'elle fait foi contre eux, par elle-même et indépendamment des circonstances déterminées par l'article 1328 du Code civil, qui, si elles eussent été nécessaires en matière de lettre de change, auraient rendu inutile la disposition spéciale qui exige l'indication de la date à laquelle la lettre de change est tirée. Aussi, la Cour de Cassation a-t-elle formellement jugé, le 13 mai 1809 (3), que la date d'une lettre de change doit toujours être considérée comme certaine. C'est là, du reste, une doctrine aussi ancienne que le contrat de change : *Exceptio antidatæ tanquam extrinseca et requirens altiorem indaginem non est apta retardare executionem litterarum cambii*, dit Casaregis (4) ; et Ansaldus atteste que telle était l'opinion de presque tous les docteurs et de tous les tribunaux d'Italie : *Quia ratione bonæ fidei et publici commercii hujusmodi litteræ habent faciem solemnis instrumenti* (5).

Et il en est ainsi par la même raison de la date du billet à ordre (6).

(1) Cass., 12 avril 1821, S., 6, 1, 417 ; D., 8, 88, et Nîmes, 5 juillet 1819, S., 6, 2, 102 ; D., 6, 557.

(2) *Droit comm.*, n. 333. — M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 456.

(3) D., 6, 559.

(4) *Disc.* 217, n. 22.

(5) *Disc.* 65, n. 14 et suiv.

(6) Cass., 7 mars 1849, S., 49, 1, 397.

On peut en dire autant de l'endossement qui, aux termes de l'article 137 du Code de commerce, doit être daté. Telle était également la disposition de l'article 8 du titre V de l'ordonnance de 1673 ; et Boutaric, l'un des commentateurs de cette ordonnance, constate, en termes exprès, que la date est exigée pour qu'on puisse reconnaître si l'endossement est postérieur ou antérieur à la faillite de l'endosseur (1), ce qui suppose évidemment que cette date fait foi à l'égard des tiers. Au surplus, aujourd'hui cela est d'autant moins contestable, que l'article 139 du Code de commerce défend d'antidater les ordres à peine de faux. Or, comme il ne suffit pas qu'une énonciation ne soit pas conforme à la vérité pour qu'elle soit entachée de faux dans le sens de la loi pénale, qu'il faut de plus qu'elle soit de nature à porter préjudice, et que l'antidate d'un endossement ne peut porter aucun préjudice aux parties ; il faut en conclure que c'est aux tiers qu'elle peut porter préjudice, et conséquemment que la date fait foi contre eux tant qu'ils ne prouvent pas qu'elle est fausse : car si elle ne faisait pas foi contre eux, si elle n'avait, en ce qui les regarde, aucun caractère de certitude, elle ne pourrait pas leur préjudicier.

2430. Du reste, il ne faudrait pas conclure de là que la date, soit d'une lettre de change, soit d'un endossement, ne puisse être contestée par les tiers que par la voie de l'inscription de faux. L'antidate est un fait de fraude contre lequel toutes sortes de preuves et de présomptions peuvent être admises. Mais c'est aux tiers qui arguent de l'antidate à la prouver, jusque-là, la date d'une lettre de change ou d'un endossement fait foi contre eux, de telle sorte que ces actes peuvent leur être opposés de la même manière qu'en matière civile un acte sous seing privé dûment enregistré peut être opposé aux tiers.

2431. L'article 332 du Code de commerce, relatif à la forme du contrat d'assurance, renferme une disposition analogue à celle des articles 110 et 137. D'après cet article, le

(1) Sur cet article.

contrat d'assurances est daté du jour auquel il est souscrit. Or, ici encore, la date est exigée, moins pour la validité de la police entre l'assureur et l'assuré, que dans l'intérêt des tiers. D'une part, et en ce qui touche les parties, si, à raison du défaut de date, le contact peut être annulé comme instrument, et en tant qu'il est destiné à faire preuve, la convention doit demeurer et survivre au titre, puisqu'il n'était pas nécessaire, pour sa validité, qu'elle fût rédigée par écrit (1) ; et, d'autre part, en ce qui touche les tiers, M. Corvetto, dans l'exposé des motifs du titre *Des assurances,* faisait très-bien ressortir, quoique en fort mauvais style, l'intérêt des tiers à ce que la date du contrat fût déterminée : « Les assurances, disait-il, qui, en couvrant tout le risque, se trouvent antérieures à d'autres qu'on aurait faites sur le même risque dans la suite, annulent ces dernières. L'époque du contrat, le point fixe, l'heure même de cette époque seraient d'ailleurs nécessaires à établir pour régler le cas où il pourrait y avoir présomption de la nouvelle de l'année ou de la perte du navire au temps de l'assurance, et, en général, pour régler les droits de tous les créanciers qui pourraient avoir intérêt dans le bâtiment ou dans l'objet assuré (2). » On peut donc répéter ici ce que j'ai déjà dit à l'occasion des lettres de change et des endossements : que la date étant exigée pour fixer l'époque du contrat à l'égard des tiers, doit faire foi contre eux, puisque, si elle ne devait pas faire foi, le Code de commerce se fût borné à laisser sous l'empire du droit commun les moyens de faire acquérir au contrat une date certaine à l'égard des tiers. Aussi M. Locré, qui traduit presque toujours les opinions des auteurs de la loi, dit-il formellement que si la police d'assurances sans date ne peut être opposée à des tiers, soit pour annuler des assurances que les parties prétendraient avoir été postérieurement faites, soit pour maintenir le privilége de l'assureur, il en est autrement si, par l'enregistrement ou de toute autre manière, l'acte non daté avait acquis une date certaine (3), mettant ainsi,

(1) M. Locré, sur l'art. 332.
(2) *Ibid.*
(3) *Ibid.*

comme on le voit, sur la même ligne, en ce qui concerne les tiers, la date que les parties ont attribuée à l'acte au moment de sa confection, et celle qui, en l'absence de cette date expresse, serait déterminée par une des circonstances extérieures indiquées dans l'article 1328 du Code civil (1).

2432. Enfin, et pour clore cette série d'exceptions plus ou moins formellement apportées par la loi commerciale aux règles du droit civil, sur la certitude de la date des actes sous seing privé à l'égard des tiers, je citerai le contrat à la grosse que l'article 312 du Code de commerce soumet à un mode particulier d'enregistrement, manifestement exclusif de l'enregistrement ordinaire et des autres moyens de certitude donnés par l'article 1328. D'après cet article 312, tout prêteur à la grosse est tenu de faire enregistrer son contrat au greffe du tribunal de commerce dans les dix jours de la date, à peine de perdre son privilége. Cet enregistrement donne donc un point de départ certain à la date qui n'est pas antérieure de plus de dix jours.

2433. Par contre, il y a certains actes qui, même en matière commerciale, ne peuvent acquérir date certaine qu'en suivant les voies ouvertes par le Code civil. On peut citer la vente des navires ou autres bâtiment de mer. C'est ce qui résulte du n° 6 de l'article 192 du Code de commerce qui, relatif à la justification des priviléges sur les navires, veut que le privilége du vendeur pour les sommes qui lui sont dues soit justifié par un acte de vente ayant date certaine. Si, dans ce cas, la date de l'acte de vente avait eu par elle-même quelque certitude, l'article 192 n'aurait pas employé cette locution : *Par un acte ayant date certaine*, qui se réfère évidemment à l'article 1328 du Code civil (2).

Enfin, avant la loi du 23 mai 1863, on pouvait citer encore le contrat de gage ou de nantissement qui, aux termes de l'article 2074 du Code civil, ne conférait un privilége au créancier nanti qu'autant qu'il y avait un acte public ou sous seing

(1) M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 456.

(2) Boulay-Paty, *Droit marit.*, t. I, p. 168 ; M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 456. — En sens contraire, Pardessus, n. 607 ; Dageville, t II, p. 51.

privé dûment enregistré, disposition qui, comme nous le verrons plus tard, s'appliquait pleinement aux matières commerciales (1).

2434. Il reste maintenant à savoir si, en dehors des actes commerciaux auxquels des dispositions particulières attribuent une date certaine par des moyens autres que ceux de l'article 1328 du Code civil, et si, en dehors des actes commerciaux que des dispositions également particulières soumettent aux règles de droit commun formulées par ce même article, la généralité des actes commerciaux n'a de date certaine opposable aux tiers que par l'un des trois moyens limitativement déterminés par le Code civil; ou si, au contraire, la date des actes commerciaux est présumée sincère, et conséquemment est opposable aux tiers, tant que ceux-ci n'en prouvent pas la fausseté.

Là-dessus, tous les auteurs sont à peu près d'accord pour reconnaître que l'article 1328 est inapplicable aux matières commerciales. D'après M. Pardessus, on ne doit pas suivre sans modifications, en matière commerciale, le principe du droit civil, qu'un acte n'acquiert date certaine que par la mort d'un des signataires, par l'enregistrement ou par l'énonciation dans un acte enregistré. « La célérité des affaires, dit-il, ne pourrait s'accommoder de ces formalités. Il existe dans le commerce un moyen de s'assurer de la véritable époque à laquelle un engagement a été contracté : c'est la mention qui en est faite sur les livres (2). »

Cette opinion a été adoptée par M. Toullier. Selon lui, les tribunaux, qui peuvent toujours, en matière de commerce, admettre la preuve testimoniale (3), peuvent l'admettre à plus forte raison pour établir la vérité ou la fausseté de la date d'un acte sous seing privé ; ils peuvent donc, d'après les circonstances, appliquer le principe de l'article 1328, le modifier ou en écarter l'application, suivant que l'équité ou l'intérêt du commerce paraissent l'exiger. « D'ailleurs, ajoute-t-il,

(1) Voy. *inf.*, le chap. du *Nantissement*.
(2) T. I, n. 246.
(3) Voy. *inf.*, sect. II.

dans les affaires du commerce, il se trouve le plus souvent, outre la ressource des livres, des circonstances à l'appui de la date des actes sous seing privé (1).»

M. Duranton, examinant la question au point de vue sous lequel elle se présente le plus ordinairement, au point de vue des créanciers qui concourent ensemble dans la faillite du débiteur commun et qui, relativement à leurs rapports entre eux, sont des tiers, décide, en se prononçant dans le même sens, qu'on ne doit point exclure des créanciers sur le seul fondement que leurs titres n'auraient pas acquis date certaine avant la faillite. « Ce serait, dit-il, anéantir la confiance si nécessaire au commerce... L'usage constant, au contraire, est de les admettre également au passif de la faillite, sauf au tribunal, s'il y a contestation sur la sincérité de telle créance, si l'on prétend que la cause en est simulée ou que l'obligation n'a été souscrite que depuis l'ouverture de la faillite et qu'on l'a antidatée, à apprécier les circonstances de la cause, et à rejeter la créance s'il apparaît qu'elle n'est point légitime (2).»

M. Bonnier dit également que la certitude de la date n'est pas requise à l'égard des tiers dans les opérations commerciales qui, sous le rapport de la célérité et de l'économie, ne peuvent être soumises à la nécessité de l'enregistrement (3).

Enfin, MM. Delamarre et Lepoitvin se bornent à énoncer une opinion semblable sans la justifier autrement qu'en disant que les formalités prescrites par l'article 1328 pour la certitude de la date sont incompatibles avec la rapide succession des engagements commerciaux, et même inutiles pour la constatation des époques, puisqu'elles doivent être inscrites aux livres (4).

A cette masse imposante d'autorités, se réunit une jurispru-

(1) T. VIII, n. 244.

(2) T. XIII, n. 140.

(3) *Des preuves*, n. 574.

(4) T. I, n. 207. — Voy. aussi M. Alauzet, t. II, n. 537; M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 457; MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 408.

dence assez uniforme, qui se fait remarquer par le laconisme de ses motifs, et qui, presque toujours, résout la question par la question. L'arrêt le plus explicite est du 28 janvier 1834, et il juge que l'article 1338 n'est pas applicable en matière commerciale, «Considérant que les relations qui ont existé entre les parties avaient pour objet des actes de commerce, et par conséquent que la contestation qui s'est élevée entre elles était régie par les principes commerciaux, principes d'après lesquels l'arrêt attaqué a pu, conformément à l'article 1341 du Code civil et à l'article 109 du Code de commerce, écarter l'application de l'article 1328 du Code civil, article qui concerne spécialement les matières civiles (1). »

2435. Je me range à cette opinion unanime de la doctrine et de la jurisprudence, mais toutefois sous la réserve d'une distinction que je vais indiquer tout à l'heure. D'abord je ferai remarquer que cette unanimité, en quelque sorte instinctive, ne se fonde sur aucun motif satisfaisant, ou, du moins, que si les vrais motifs existent en germe dans les opinions des auteurs et dans les arrêts des Cours, ils n'y sont pas suffisamment développés. Il faut donc mettre ces motifs en évidence ; et cela est d'autant plus nécessaire que la disposition de l'article 1328 étant de droit commun, le commerce ne peut pas arbitrairement s'y soustraire.

Nous avons vu plus haut que l'article 1328 est limitatif, tellement qu'une convention n'est opposable aux tiers qu'autant qu'elle a acquis date certaine par un des moyens indiqués en cet article : à plus forte raison, une convention qui n'est pas constatée par un acte écrit ne leur est jamais opposable, puisqu'une convention écrite peut seule acquérir date certaine par l'un des moyens indiqués dans l'article 1328. Mais j'ai fait remarquer, en même temps, qu'en matière civile, la rigueur de cette règle était sans inconvénients, parce que l'écriture, soit sous forme authentique, soit sous forme d'acte sous signature

(1) S., 34, 1, 206, — Voy. aussi Cass., 17 juill. 1837, S., 37, 1, 1022 ; Bordeaux, 22 août 1860, S., 61, 2, 49 ; Douai, 1er fév. 1866, S., 66, 2, 83 ; Cass., 21 avril 1869, D., 69, 2, 407.

privée, est le moyen le plus ordinaire de prouver les transactions civiles, et que la preuve testimoniale et les présomptions, n'étant admises à suppléer les actes authentiques ou sous seing privé que dans des cas exceptionnels, sont des moyens extraordinaires auxquels il est toujours imprudent de se réduire.

En matière commerciale, au contraire, du moins en ce qui touche la preuve des droits respectifs des parties, il y a une bien plus grande latitude. Les actes authentiques ou sous signatures privées ne sont plus requis pour la preuve des conventions que dans certains cas particuliers. Dans tous les autres cas, l'article 109 du Code de commerce donne aux parties de nombreux moyens de constater leurs conventions, parmi lesquels l'acte authentique et l'acte sous seing privé figurent sans doute, avec leur valeur relative, mais au même titre que les autres auxquels le commerce, qui tend à tout simplifier pour aller plus vite et dépenser moins, peut et doit donner la préférence. Aussi, dans les cas ordinaires et où un acte authentique ou sous seing privé n'est pas spécialement requis, les bordereaux, les factures, la correspondance, les livres des parties, la preuve testimoniale, sont-ils les moyens les plus ordinairement employés, et ceux que la loi doit voir avec le plus de faveur, parce qu'ils tendent à faciliter les relations commerciales. Or, ces moyens sont manifestement exclusifs de la formalité de l'enregistrement, qui est la seule que l'article 1328 mette à la disposition des parties qui veulent faire acquérir date certaine à un acte sous signatures privées.

Ceci posé, il est clair que si les convention commerciales ne pouvaient avoir d'effet à l'égard des tiers qu'autant qu'elles auraient une date certaine, dans le sens de l'article 1328 ; c'est-à-dire s'il fallait qu'elles fussent constatées à l'égard des tiers par des actes sous seing privé enregistrés, et si l'article 109 n'était applicable qu'à la preuve des conventions entre les parties, tout le bénéfice de cet article serait perdu pour le commerce, puisqu'il n'y aurait pas une seule convention que, dans la prévision d'un concours d'intérêts, toujours possible, avec les tiers, il ne fût prudent de faire par acte

sous seing privé dûment enregistré ; et alors il n'y aurait plus de commerce possible. L'article 109, en permettant de constater la généralité des contrats commerciaux par des preuves écrites ou verbales, non susceptibles d'enregistrement, les en dispense donc forcément, et leur accorde dès lors une date certaine, indépendamment d'une formalité incompatible avec la forme dans laquelle ils peuvent être faits. Et comme un acte sous seing privé, non enregistré, quoique susceptible d'enregistrement, peut avoir autant de force qu'un extrait de la correspondance ou des livres, qui n'en sont pas susceptibles, il faut en conclure que les contrats commerciaux peuvent avoir date certaine à l'égard des tiers, aussi bien lorsqu'ils sont constatés par un acte sous seing privé non enregistré, que par un des autres moyens de preuve donnés par l'article 109. Dans ces divers cas, l'antidate serait une fraude, et comme la fraude ne se présume pas, la date est présumée véritable, tant que les tiers n'en prouvent pas la fausseté, ou du moins tant qu'ils n'allèguent aucun fait susceptible de la faire révoquer en doute. Des livres bien tenus sont d'ailleurs un moyen sûr de vérification.

Tels sont les motifs qu'on découvre en pressant un peu l'article 109 du Code de commerce ; motifs qui me paraissent justifier les auteurs et la jurisprudence. Au surplus, l'article 109, en permettant au commerce de contracter dans une forme telle que les conventions puissent avoir date certaine à l'égard des tiers, sans être obligées de passer par la formalité préalable de l'enregistrement, n'est pas introductif d'un droit nouveau. La plus ancienne pratique commerciale attache une présomption de certitude à la date des écritures qui émanent des commerçants, et Casaregis dit, en termes exprès, que les écritures des marchands sont présumées faites en temps non suspect, à moins qu'elles ne soient arguées de faux : *Scripturæ mercatorum præsumuntur confectæ tempore non suspecto, nisi arguantur de falso* (1).

2436. Mais, on le pressent, ces motifs, puisés dans la faculté donnée aux commerçants par l'article 109 de contrac-

(1) *Disc.* 10, n. 51.

ter dans une forme exclusive de l'observation rigoureuse de l'article 1328, cessent d'être applicables, lorsque l'article 109 lui-même ne doit plus être appliqué. Ainsi, dans tous les cas où une disposition spéciale exige qu'un contrat commercial soit constaté par un acte authentique ou sous signature privée, l'acte sous signature privée n'a de date à l'égard des tiers que par l'accomplissement des formalités de l'article 1328, dont rien alors ne contrarie l'application. C'est là la distinction que j'annonçais tout à l'heure, et à laquelle les auteurs, dans la généralité de la solution qu'ils adoptent, paraissent n'avoir pas songé. Elle est est cependant la conséquence naturelle des inductions que fournit l'article 109, et de la théorie à l'aide de laquelle on parvient à établir que les transactions commerciales peuvent avoir une date certaine à l'égard des tiers par d'autres moyens que ceux de l'article 1328 du Code civil.

On trouve un exemple notable de cette distinction dans le contrat de société qui, aux termes de l'article 39 du Code de commerce, doit être constaté par acte public ou sous signature privée. Dans ce cas, sans doute, les tiers qui ont intérêt à prouver, soit la formation de la société, soit l'époque de cette formation, peuvent recourir à tous les moyens de preuve; mais la société non constatée par un acte écrit ayant date certaine ne peut être opposée aux tiers intéressés à en méconnaître soit la date, soit l'existence (1). On a même été jusqu'à décider, et cela avec beaucoup de raison, que lorsqu'un associé associe un participant ou croupier à la part qu'il a dans la société, cette association nouvelle n'est opposable aux tiers créanciers de l'associé qui s'adjoint le participant, qu'autant qu'elle est constatée par acte ayant date certaine (2).

2437. En résumé, et en ce qui touche la certitude de la date des conventions dans leurs rapports avec les tiers, les actes commerciaux peuvent se diviser en quatre catégories, comprenant, la première, les contrats qui, à raison des for-

(1) C. comm., art. 42.

(2) Duranton, t. XVII, n. 445; M. Duvergier, *Du contrat de société*, n. 378 et 379; M. Troplong, *ibid.*, n. 764.

mes particulières auxquelles ils sont soumis, ont par eux-mêmes une date certaine : tels sont la lettre de change et le contrat d'assurance ; — la seconde, les contrats qu'une disposition expresse laisse sous l'empire du droit commun, et qui n'acquièrent par conséquent une date certaine vis-à-vis des tiers que conformément à l'article 1328 du Code civil : telle est la vente des navires ; — la troisième, la généralité des actes de commerce, dont la preuve est régie par l'article 109 du Code de commerce, et dont la date présumée certaine, tant qu'elle n'est pas contestée, peut être établie par toutes sortes de preuves et de documents ; — la quatrième, enfin, les contrats qui doivent être constatés par actes authentiques ou sous signatures privées, et dont la date n'a de certitude que par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1328 du Code, civil tel est le contrat de société.

2438. C'est à l'aide de ces distinctions qu'il faut résoudre une question que j'ai signalée en traitant des droits respectifs des époux (1), et dont j'avais renvoyé la solution au moment où j'aurais à m'occuper de la date des actes sous signature privée. Il s'agit de la question de savoir si l'article 1410 du Code civil, aux termes duquel la communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées par la femme avant le mariage, qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque, une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires de l'acte, est applicable aux dettes que la femme a contractées dans son commerce antérieurement au mariage. Il faut examiner alors de quelle espèce de contrat procède la dette, et lui appliquer, selon sa nature, les règles ci-dessus développées. Il est clair, en effet, que l'article 1410 ne peut pas avoir plus d'autorité en matière commerciale que l'article 1328, et qu'il y aurait une souveraine injustice à soumettre, après son mariage, aux règles du droit civil, la femme qui, avant son mariage, a contracté de bonne foi, en se conformant aux règles du droit commercial (2).

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1287.

(2) Angers, 2 avril 1851, S., 51, 1, 33; Poitiers, 26 fév. 1856, S., 56, 2,

Telles sont les règles relatives à la forme et aux effets des actes sous signature privée. Nous verrons bientôt les effets des écritures non signées. Mais auparavant nous allons d'abord passer en revue quelques écritures signées qui, sans constituer des actes sous signatures privées proprement dits, en tiennent lieu cependant et produisent des effets plus ou moins étendus.

§ III. — *Des bordereaux.*

SOMMAIRE. — 2439. Ce que c'est qu'un bordereau. — 2440. Autorité des bordereaux entre les parties. — 2441... Vis-à-vis des tiers. — 2442. Le bordereau n'est pas une preuve nécessaire. — 2443. Il n'est pas de sa nature d'être fait double.

2439. Le bordereau d'une négociation est un état sommaire contenant l'indication des marchandises ou valeurs qui en ont fait l'objet, le prix stipulé, les noms des parties et de l'agent de change ou du courtier qui leur a servi d'intermédiaire.

2440. Suivant l'article 109 du Code de commerce, le bordereau d'un agent de change ou d'un courtier, dûment signé par les parties, constate les achats et ventes qui y sont relatés, c'est-à-dire qu'il fait preuve entre le vendeur et l'acheteur. S'il n'était signé que par l'agent de change ou le courtier, il ne ferait preuve de la négociation qu'entre l'agent de change ou le courtier et le client, par l'ordre duquel la négociation a été faite. C'est ce qui a lieu le plus ordinairement dans les négociations d'effets publics par le ministère des agents de change, qui, étant secrètes de leur nature, ne sont jamais accompagnées d'un bordereau signé des parties (1).

294; M. Troplong, *Contr. de mar.*, t. II, n. 778. — Voy. aussi Cass., 9 déc. 1856, S., 57, 1, 353.

(1) Le mot *bordereau* a plusieurs autres significations. Généralement le bordereau est l'état ou le relevé des différentes valeurs qui composent une somme totale. On dit un bordereau de caisse, pour signifier le tableau des espèces ou valeurs qui sont dans une caisse publique ou particulière. Cette expression désigne encore le relevé des créances qu'un même individu peut

2441. Quant aux tiers, la signature du courtier ou de l'agent de change suffit pour donner une date certaine à la négociation constatée par le bordereau. Le bordereau n'est pas un acte authentique dans toute l'étendue du terme, ainsi que nous l'avons déjà vu (1). Mais l'officier plublic qui, en le signant, a qualité pour certifier le fait du contrat qui y est constaté, doit, par la même raison, avoir qualité pour en certifier la date.

2442. Il faut au surplus remarquer que, dans les négociations faites par l'entremise des agents de change ou des courtiers, le bordereau n'est pas une preuve nécessaire. Les achats et les ventes peuvent être faits sans bordereau signé par les parties, et c'est ce qui arrive journellement. Dans ce cas, les tribunaux, pour la preuve de la vente, doivent avoir recours à tous les différents genres de preuve autorisés par l'article 109 du Code de commerce, tels que la correspondance, les livres et la preuve par témoins.

2443. Ajoutons qu'il n'est pas nécessaire qu'un bordereau soit fait en double original ; chacune des parties a sans doute la faculté de demander un bordereau au courtier ou à l'agent de change qui lui a servi d'intermédiaire, mais un seul original suffit pour faire preuve de la négociation. La nécessité du double original n'existe que pour les actes sous signature privée (2). Or, si le bordereau n'est pas un titre authentique complet, il n'est pas non plus un acte sous seing privé dans l'acception ordinaire de ce terme, et il se trouve dès lors af-

répéter contre une faillite; des diverses espèces de monnaies comprises dans un payement; des effets de commerce compris dans une négociation, ou des remises faites par un marchand à son correspondant. En ce dernier sens, les auteurs qui nous instruisent des anciens usages du commerce, distinguaient entre le bordereau, *spacchium* qui était l'état des traites ou remises adressées par un marchand à son correspondant, et la lettre d'avis, *littera advisii*, qui ne s'appliquait guère qu'à une seule traite ou à une seule remise. On faisait surtout usage des bordereaux pour les lettres de change en foire, qui se soldaient le plus ordinairement par compensation ; et le bordereau représentait alors l'état des valeurs respectivement dues et susceptibles de se compenser réciproquement. — V. Raphaël de Turri, *De cambiis*, disp. 2, quæst. 1.

(1) Voy. *sup.*, n. 2388.

(2) Voy. *sup.*, n. 2411 et suiv.

franchi d'une formalité qui n'est exigée que pour les actes sous seing privé proprement dits (1).

§ IV. — *Des factures.*

Sommaire. — 2444. Ce que c'est que la facture. Autorité de la facture acceptée. — 2445. Modes d'acceptation. — 2446. La facture doit-elle être faite en double original? — 2447. De la preuve des conditions accessoires de la vente. — 2448. De l'autorité des factures à l'égard des tiers. La remise de la facture emporte-t-elle délivrance symbolique de la chose vendue? — 2449. Autorité de la facture, quant à sa date, à l'égard des tiers, dans le cas de deux ventes successives. — 2450. De la marchandise vendue en cours de voyage. — 2451. Il n'y a de facture que celle qui émane d'un négociant et qui a pour objet des marchandises purement mobilières.

2444. La facture est un mémoire ou compte présentant un état détaillé des marchandises vendues, avec leur prix, nature, qualité et quantité. Elle est dressée par le vendeur, qui la remet à l'acheteur : lorsque l'acheteur l'accepte, elle fait preuve de la vente des objets qui s'y trouvent compris (2).

2445. Pour que la facture soit réputée acceptée et fasse preuve de la vente, il n'est pas nécessaire de rapporter une acceptation écrite : l'acceptation peut résulter des circonstances. Ainsi l'acheteur, auquel le vendeur envoie une facture et qui la garde, l'accepte par cela même, et est définitivement lié, quoiqu'il n'ait pas répondu au vendeur pour l'instruire de son acceptation (3).

2446. MM. Delamarre et Lepoitevin semblent supposer que la facture ne fait preuve de la vente que lorsqu'elle est faite en double original : il faut, disent-ils, que l'acheteur et le vendeur aient chacun un double de la facture; l'acheteur, pour prouver la vente, si le vendeur la déniait; le vendeur pour forcer l'acheteur à prendre livraison (4).

Cette opinion est d'autant plus extraordinaire de la part de ces auteurs, qu'ils soutiennent ailleurs qu'en matière com-

(1) M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 458.

(2) C. comm., art. 109.

(3) M. Pardessus, n. 248; MM. Delamarre et Lepoitevin, t. I, n. 229.

(4) T. I, n. 239.

merciale les actes sous signature privée sont affranchis de la formalité de la rédaction en double ou triple original, exigée par l'article 1325 pour les actes renfermant des conventions synallagmatiques (1); de telle sorte qu'ils ne pouvaient, sous peine de se contredire, soumettre les factures, même en les considérant comme des actes sous seing privé, à une formalité dont les actes sous seing privé sont affranchis.

Je pense, au contraire, que bien qu'en général les actes sous seing privé, renfermant des conventions synallagmatiques, doivent, en matière commerciale comme en matière civile, être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant des intérêts distincts (2), les factures échappent cependant à l'application de cette règle générale. En effet, les factures ne sont pas des actes sous signature privée proprement dits, et le Code de commerce ne les considère pas comme tels. Ce qui le prouve, c'est que l'article 109 distingue formellement entre les actes sous signature privée et les factures dont il fait deux moyens de preuve différents, laissant les actes sous seing privé sous l'empire des règles générales auxquelles il se réfère, et soumettant les factures à des formes particulières, qui consistent principalement en ce que la facture, au lieu d'être un acte émanant des deux parties, qu'elle oblige, n'émane que d'une seule partie, du vendeur; et que l'acceptation qui la rend commune à l'acheteur peut non-seulement résulter d'une déclaration écrite donnée autrement que sur la facture même, par exemple par lettre missive, mais encore être purement verbale et résulter des circonstances, ce qui exclut toute idée et toute possibilité d'un acte fait en double entre le vendeur et l'acheteur (3).

2447. Il faut au surplus remarquer que si une facture acceptée expressément ou tacitement prouve nécessairement la vente, c'est-à-dire la nature et la quantité de la chose vendue, ainsi que le prix stipulé, elle ne prouve pas nécessairement les conditions accessoires de la vente, quand ces conditions ex-

(1) T. I, n. 208.
(2) Voy. *sup.*, n. 2413 et suiv.
(3) M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 458.

primées par le vendeur dans la facture n'ont pas fait l'obje d'une acceptation spéciale et déterminée. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 21 avril 1830, que la réception sans réclamation par l'acheteur d'une facture, sur laquelle le vendeur avait stipulé l'obligation de payer à son domicile, peut ne pas suffire pour établir que le lieu de payement indiqué par la facture a été accepté par l'acheteur, « attendu, porte cet arrêt, que s'il est vrai et conforme au texte et à l'esprit de l'article 109 du Code de commerce, qu'une facture n'a pas besoin d'être revêtue de l'acceptation expresse de l'acheteur pour faire preuve contre lui, il appartenait à la Cour royale, juge du fond, d'apprécier les effets et l'étendue de l'acceptation (1)... »

2448. La facture fait preuve de la vente non-seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers, vis-à-vis desquels elle a date certaine, comme les actes sous seing privé ordinaires, conformément aux principes développés plus haut (2). La vente, dont la facture fait preuve, pouvant être prouvée par tous les moyens que l'article 109 met à la diposition des parties, a donc date certaine à partir de la date de la facture, indépendamment du concours dès lors complétement inutile des circonstances déterminées par l'article 1328 du Code civil (3).

Cependant, suivant MM. Delamarre et Lepoitvin, pour faire preuve contre les tiers, la facture doit en général être portée sur les livres des parties, et il n'y aurait exception à cette règle que dans les cas où une circonstance particulière se serait opposée à cette transcription (4); et, d'après les arrêtistes, la Cour de Paris aurait jugé, le 1er mars 1828, que les factures ne font preuve à l'égard des tiers, des achats et ventes qu'elles énoncent, qu'autant qu'elles ont été régulièrement portées sur les livres de parties, « attendu que si, dans l'intérêt du commerce, les factures émanées de commerçants doivent faire preuve de ce qu'elles contiennent, sans que l'enregistrement

(1) S., 9, 1, 498.
(2) Voy. *sup.*, n. 2434.
(3) M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 458.
(4) T. I, n. 235.

soit nécessaire pour leur donner une date certaine, elles ne peuvent être admises à établir cette preuve à l'égard des tiers qu'autant qu'elles ont été régulièrement portées sur les livres des parties, afin que par là on puisse constater que la date indiquée par les factures est bien la véritable date des conventions (1). »

Que la mention d'une facture ou de la vente, constatée par cette facture sur les livres des parties, soit un des moyens les plus efficaces de vérifier, en cas de contestation, la date de la convention, c'est ce qui ne saurait être douteux. Mais que cette mention soit une preuve nécessaire, et que lorsqu'elle manque, la facture et la vente n'aient aucune date certaine à l'égard des tiers, c'est ce qui ne me paraît pas admissible. La facture n'est pas une preuve nécessaire, même à l'égard des tiers, de la convention et de sa date, qui peuvent être établies par tous les moyens de preuves énumérés dans l'article 109 du Code de commerce, et notamment par la correspondance et par la preuve testimoniale; à plus forte raison, la mention de la facture sur les livres n'est-elle pas indispensable.

Aussi, l'arrêt de la cour de Paris est-il beaucoup moins précis que la notice qui en a été extraite par les arrêtistes. Il ne fait de la mention des factures sur les livres qu'un des éléments de la preuve de la convention à l'égard des tiers, et de la certitude de la date; et s'il juge que, dans l'espèce où il a été rendu, la vente consentie par le failli ne pouvait être opposée à ses créanciers, il ne se fonde pas uniquement sur le défaut de mention de la facture sur les livres des parties, mais, aussi et de plus, sur ce que la correspondance ne faisait point preuve de la vente, et surtout sur ce que « des pièces produites au procès et des circonstances de la cause, il résultait que les opérations qui avaient eu lieu entre les parties n'avaient été que des opérations de prêt, et que les factures avaient été simulées et données pour la sécurité du prêteur... » Ainsi entendu, et justifié par ses motifs, cet arrêt, loin de donner prise à la critique, ne peut qu'être approuvé, et ne

(1) S., 9, 1, 43; D., 28, 2, 169.

vient point à l'appui de l'opinion beaucoup trop absolue de MM. Delamarre et Lepoitvin.

2449. J'ai dit plus haut que la facture fait preuve de la vente et de sa date, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, mais, sur ce point, il faut bien prendre garde de ne pas confondre des choses fort distinctes. Rappelons d'abord quelques principes.

En traitant des obligations de donner, j'ai établi que le principe du droit nouveau, en vertu duquel l'obligation de livrer une chose rend le créancier propriétaire de cette chose, bien que la livraison n'en ait point encore été faite, est applicable aux matières commerciales comme aux matières civiles; et que, spécialement dans le cas de vente, la livraison n'était pas nécessaire pour rendre l'acheteur propriétaire de la chose (1); j'ai ajouté que ces principes ne contrariaient en rien les intérêts du commerce, qui consistent principalement en ce que tout acheteur de bonne foi puisse acheter en sécurité les marchandises dont le vendeur est en possession, sans avoir à craindre, lorsque la tradition de la marchandise lui a été faite, les actions revendicatoires d'un précédent acheteur qui n'aurait pas pris livraison : ces intérêts sont suffisamment garantis par l'article 1141 du Code civil aux termes duquel, si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que sa possession soit de bonne foi. Si, au contraire, ni l'un ni l'autre n'a pris livraison, leur position étant égale d'ailleurs, c'est la date du titre ou de la convention qui détermine la préférence.

On comprend dès lors quel intérêt il y a, dans cette dernière hypothèse, à savoir quelle est la date certaine d'une convention ; et c'est dans ce sens et sous le rapport de l'intérêt des tiers, qui ne se trouvent point en présence d'un acquéreur déjà mis en possession, que les factures et les bordereaux, de même que je l'ai déjà dit pour la généralité des

(1) Voy. *sup.*, t. I, n. 138.

actes sous seing privé, ont par eux-mêmes en matière commerciale, une date certaine à l'égard des tiers, sans avoir besoin du concours des circonstances déterminées par l'article 1328. Mais on comprend également que, lorsque de deux acquéreurs successifs l'un a été mis en possession, la certitude de la date devient une question indifférente, puisque c'est la prise de possession qui détermine le droit à l'égard des tiers. Tels sont, à cet égard, les principes généraux sur l'effet des conventions, et spécialement du contrat de vente, relativement aux tiers. Sont-ils modifiés lorsque la vente est constatée par une facture.

Suivant MM. Delamarre et Lepoitvin, l'article 109 du Code de commerce, en permettant de constater les achats et les ventes par une facture acceptée, aurait dérogé, non-seulement à l'article 1328 du Code civil sur la date certaine des actes sous seing privé, mais encore à l'article 1141 du Code civil, d'après lequel, dans l'espèce de deux ventes successives d'une même chose purement mobilière, celui des deux acheteurs qui en a la possession réelle en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date (1). En d'autres termes, ils soutiennent que la facture remise à l'acheteur, et acceptée par lui, emporte une sorte de tradition symbolique, en vertu de laquelle elle fait preuve envers les tiers de la convention et de sa date, tellement que ceux-ci ne peuvent pas plus disputer à cet acheteur la propriété de la chose vendue, qu'ils ne le pourraient si cette chose lui avait été réellement livrée et qu'il en eût la possession matérielle (2).

Je crois que c'est là une erreur. J'ai déjà démontré que la remise d'une facture, qui n'est autre chose qu'un acte constatant la vente, ne peut équivaloir à la remise ou à la livraison de la chose vendue (3). Sans doute, on peut faire des reventes successives sur factures à ordre, on à personne dénommée, et c'est celui qui se présente en dernier lieu porteur de la facture qui a droit à la remise des marchandises vendues;

(1) T. I, n. 229.
(2) *Ibid.*, n. 232.
(3) Voy. *sup.*, n. 2078.

sous ce rapport, il peut être vrai de dire que la remise de la facture emporte une sorte de tradition symbolique des marchandises dont elle constate la vente; mais cette tradition symbolique n'a pas surtout à l'égard des tiers, les effets de la tradition réelle; de telle sorte que si, postérieurement à la vente constatée par une facture remise à l'acheteur, un vendeur de mauvaise foi vendait la même chose à un tiers, et le mettait en possession, la facture, malgré sa date certaine antérieure, ne pourrait être utilement opposée à ce tiers fondé à se prévaloir de l'article 1141 du Code civil.

2450. Il n'y aurait pas exception à cette règle à l'égard de de celui qui achèterait sur facture et connaissement ou lettre de voiture une marchandise en cours de voyage : cet acquéreur ne pourrait être préféré à un acquéreur postérieur auquel le vendeur aurait plus tard vendu la même chose en lui en faisant la livraison effective. L'art. 596 du Code de commerce qui en autorisant le vendeur, au cas de faillite de l'acheteur, à revendiquer les marchandises expédiées à un failli, tantque la livraison n'en a pas été effectuée dans les magasins du failli ou du commissionnaire du failli, ajoute que néanmoins la revendication ne sera pas recevable si avant leur arrivée les marchandises sont vendues sans fraude, sur factures et connaissement ou lettres de voiture, ne fournit aucune induction contraire. Cet article a pour but de régler les droits du vendeur primitif contre les acquéreurs successifs de la chose par lui vendue, et non les droits respectifs des acquéreurs auxquels le même vendeur aurait vendu une seule et même chose, en faisant aux uns une livraison symbolique et aux autres une livraison effective (1).

2451. Quels que soient, au surplus, les effets particuliers attachés à la facture, ils ne peuvent être produits que par une facture proprement dite, c'est-à-dire émanant d'un commerçant, et ayant pour objet des choses purement mobilières, les seules dont il soit d'usage de constater la vente par une facture.

(1) J'avais émis dans les précédentes éditions de cet ouvrage une opinion contraire dont l'erreur m'a été signalée par M. Demangeat, sur Bravard, t. II, p. 459. — V. *inf.*, n. 2960.

La facture est un procédé commercial qui ne peut trouver sa place dans les transactions de la vie civile (1). La validité et les effets d'une facture émanant d'un non-commerçant, ou ayant pour objet autre chose que des marchandises purement mobilières, devraient être appréciés d'après les principes et les règles relatifs aux actes sous signature privée.

§ V. — *De la correspondance.*

Sommaire. — 2452. Ce que c'est que la correspondance. — 2453. Son degré d'autorité. — 2454. La correspondance est un élément de preuve dans les matières civiles aussi bien que dans les matières commerciales. — 2455. Règles d'interprétation de la correspondance. — 2456. La correspondance ne prouve qu'autant qu'elle est reconnue ou tenue pour reconnue. — 2457. Mais il n'est pas nécessaire qu'elle ait été transcrite sur les livres. — 2458. La copie d'une lettre sur les livres de celui qui l'a envoyée, fait preuve quand celui qui l'a reçue refuse de produire l'original. — 2459. Les lettres missives font preuve entre les héritiers et ayants cause de ceux qui les ont écrites. — 2460. Elles font preuve contre les tiers de leur contenu, comme de leur date. — 2461. Moyen de vérifier la date des lettres. — 2462. Une correspondance échangée entre deux personnes ne prouve pas contre un tiers les faits qui se seraient passés entre lui et ceux de qui émane cette correspondance. — 2463. Prouve t-elle en sa faveur ? Examen de la question. — 2464. Réfutation d'une objection tirée du secret des lettres. — 2465. *Quid*, du cas où une lettre est écrite à une personne avec charge de la communiquer à un tiers. — 2466. On ne doit pas facilement admettre les inductions puisées en faveur des tiers dans une correspondance qui leur est étrangère. Exemples.

2452. La correspondance entre commerçants est l'ensemble des lettres qu'ils se sont écrites au sujet d'une négociation commerciale : elle consiste dans la copie que tout commerçant est tenu de conserver des lettres qu'il envoie (2), et dans la collection conservée des lettres qu'il a reçues.

2453. De même que, dans tous les cas où un acte écrit n'est pas nécessaire pour la constatation d'une convention, les parties peuvent contracter verbalement; de même aussi, dans les mêmes cas, elles peuvent contracter par correspondance. La correspondance ou l'écriture est alors, aux parties absentes, ce que la parole est aux parties présentes. Mais, tandis que la parole est fugitive et ne laisse pas de traces, la

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 233.
(2) C. comm., art. 8.

correspondance, au contraire, est une sorte de parole écrite, qui reste et qui témoigne la volonté exprimée de ceux qui ont écrit les lettres. Cependant, comme chaque lettre ne témoigne que de la volonté de celui qui l'a écrite, il s'ensuit que la preuve d'une convention ne peut résulter que du rapprochement et de la comparaison des lettres écrites, de part et d'autre, ou des inductions plus ou moins précises que fournit une seule lettre : d'où la conséquence nécessaire que la correspondance fournit moins une preuve complète qu'un élément de preuve, qu'il est impossible de lui assigner un degré précis d'autorité, et que tout dépend, à cet égard, des circonstances dont l'appréciation est abandonnée à la conscience et à la sagacité du magistrat.

Il y a donc une différence sensible, quant à la preuve qui en résulte, entre les actes dont nous nous sommes occupé jusqu'ici, qui, dressés et rédigés dans une certaine forme, dans le but exprès de constater une certaine convention, prouvent, dans la généralité des cas, directement et nécessairement cette convention, pourvu qu'ils ne soient pas argués de faux, s'il s'agit d'un acte authentique, et que l'écriture ou la signature en soient reconnues, s'il s'agit d'actes sous seing privé, et la correspondance ou les lettres missives qui ne constituent point des actes sous seing privé, dans le sens que la loi attache à cette expression, mais seulement des écritures privées dans lesquelles la loi voit un moyen de preuve ou de vérification des négociations qui y ont donné lieu (1).

Gardons-nous donc de donner un sens trop absolu aux opinions, ou, pour mieux dire, aux paroles des anciens docteurs suivant lesquels, entre commerçants, les lettres missives ont la force d'un acte authentique. *Quod litteræ quæ mittuntur inter mercatores, habent vim publicorum instrumentorum de consuetudine locorum in quibus maximè vigent mercimonia* (2). Cela ne saurait signifier qu'une lettre, document nécessairement incontestable, a de prime abord la même force probante qu'un

(1) C. comm., art. 109.

(2) Rote de Gênes, *décis.* 142, n. 2; Zabarella, *Consil.* 153 ; Ansaldus, *Disc.* 61, n. 2.

acte exprès rédigé dans le but déterminé de servir de titre aux contractants. Les docteurs et les anciens tribunaux d'Italie n'ont voulu dire par là qu'une seule chose, à savoir, que lorsque le sens de la correspondance est déterminé, soit par l'aveu et la reconnaissance des parties, soit par l'interprétation qu'en ont fait les juges, en d'autres termes, lorsque la convention est constante, elle a autant de force, bien qu'elle ne soit prouvée que par la correspondance, que si elle était constatée par un acte exprès, authentique ou sous signature privée.

2454. Au surplus, il ne faut pas croire que la correspondance ne soit un élément de preuve que dans les matières commerciales. C'est également un élément de preuve dans les matières civiles, dans tous les cas où il n'est pas nécessaire de passer un acte écrit de la convention ou de la libération qu'il s'agit de prouver, ou, ce qui revient au même, dans tous les cas où les présomptions sont admissibles (1). Mais, comme en matière commerciale le nombre des obligations dont il n'est pas nécessaire de passer acte est beaucoup plus considérable qu'en matière civile, il en résulte que la preuve par correspondance y acquiert une importance beaucoup plus grande, et qu'elle y devient un élément principal de preuve, tandis qu'en matière civile elle reste un élément secondaire.

2455. Quoiqu'en matière de preuve par correspondance, l'appréciation soit appelée à jouer un grand rôle, il y a cependant des règles qui doivent toujours servir de guide à la conscience du juge, et dont, en certains cas, il ne lui est pas permis de s'écarter. Ces règles portent principalement sur le point de savoir quand une seule lettre peut faire preuve du contrat entre la partie qui l'a écrite et celui à qui elle a été adressée, et qui n'y a pas répondu, et quand une proposition ou une acceptation consignée dans une lettre missive, devient réciproquement irrévocable. On peut se rapporter à cet égard aux longues explications dans lesquelles je suis déjà entré en traitant de la formation des contrats et de la manifestation du consentement (2) : je me bornerai à rappe-

(1) Voy. *inf.*, sect. III.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1459 et suiv.

ler ici, d'une part, que si en général une lettre ne fait preuve, même contre celui qui l'a écrite, qu'autant que la proposition a été acceptée par celui à qui elle est adressée (1), et que si le silence de celui qui a reçu une proposition par lettre n'en emporte pas toujours l'acceptation (2), cependant, en certains cas, le silence a la même force qu'un consentement exprimé (3) ; et, d'autre part, que toute acceptation contenue dans une lettre missive peut être révoquée tant que la lettre n'est pas encore parvenue à son adresse (4).

2456. Il y a, d'ailleurs, ce point de ressemblance entre les lettres missives et les actes sous seing privé, qu'une lettre ne prouve, contre celui qui l'a écrite et en faveur de celui qui l'a reçue, qu'autant qu'elle est reconnue expressément ou tacitement par celui à qui on l'oppose : *Epistola recognita si non fuerit, nullum facit probationem* (5). Mais, comme il suffit qu'une lettre soit signée de celui à qui on l'oppose, et qu'elle peut être écrite d'une autre main, il suffit aussi que la signature en soit reconnue, *si subscriptio sit agnita* (6).

Si l'écriture ou la signature d'une lettre est méconnue, elle peut être vérifiée, comme lorsqu'il s'agit de l'écriture ou de la signature d'un acte sous signatures privées : *Per comparationem litterarum plenam probationem fieri receptum est* (7).

2457. Du reste, bien qu'aux termes de l'article 8 du Code de commerce, tout commerçant soit tenu de copier sur un registre les lettres missives qu'il envoie, je ne pense pas que les lettres ne puissent faire preuve, et être invoquées par ce-

(1) *Epistola acceptata si non fuerit per eum cui erat destinata, non probat adversus scribentem.* Ansaldus, *Disc.* 61, n. 3 et suiv.

(2) *Litterarum retentio non importat approbationem facti in eo contenti.* Casaregis, *Disc.* 102, n. 53.

(3) *Litteras recipiens et non reclamans, illas acceptare dicitur et cum scribente contrahere. Ibid.*, n. 54.

(4) *Mercator se fundare non potest in epistolâ quæ de tempore actûs, seu mandati executi, nondum ad eum pervenerat.* Casaregis, *Disc.* 119, n. 48 et suiv.

(5) Ansaldus, *Disc.* 82, n. 7 ; Straccha, *Quomodò in causis mercat.*, *De probationibus*, n. 13.

(6) Straccha, *Ibid.*

(7) *Ibid.*

lui qui les a envoyées, qu'autant qu'elles ont été transcrites sur ses livres. L'article 8 du Code de commerce renferme une règle d'ordre, dont l'observation, qui peut sans doute faciliter la preuve des faits ou des conventions auxquelles se rapporte la correspondance, ne peut jamais être une condition de cette preuve, quand l'original même de la lettre est produit, soit par celui qui l'a envoyée, soit par celui qui l'a reçue (1).

2458. Mais, par contre, quand celui qui a reçu une lettre refuse de la produire, la copie de cette lettre, sur le registre de la correspondance de celui qui l'a envoyée, fait preuve comme l'original même qui eût dû être conservé par celui à qui la lettre était adressée. *Mercatorum litteræ exemplatæ in registro, probationem faciunt* (2).

2459. Les lettres missives font preuve non-seulement entre ceux qui les ont écrites et reçues, mais encore entre leurs héritiers et ayants cause. *Epistolæ mercatorum contrà ipsos, et ab eis causam habentes plenè probant* (3). A cet égard il ne peut y avoir aucune difficulté.

2460. Elles font également preuve contre les tiers, en ce sens que la convention ou la libération prouvée par la correspondance peut leur être opposée, de la même manière que si elles étaient constatées par des actes proprement dits, et dans tous les cas où il s'agit d'un fait de nature à être opposé au tiers. Ansaldus soutient l'opinion contraire et veut qu'une lettre ne puisse jamais prouver contre les tiers : *Quod epistola probat quidem contrà scribentem, numquam autem contrà tertium* (4). Mais je crois qu'il a eu le tort de généraliser une opinion qui, en la supposant vraie relativement à l'espèce sur laquelle il avait à se prononcer, ne pouvait devenir un axiome applicable à tous les cas. Voici ce dont il s'agissait.

L'abbé Rospigliosi avait donné mandat à un certain Annibal de Fide, de tirer pour son compte une lettre de change de

(1) Voy. *inf.*, § 6, art. 1.
(2) Casaregis, *Disc.* 30, n. 49 et suiv.
(3) *Ibid. Disc.* 78, n. 1 ; *Disc.* 119, n. 19, Rote de Gênes, *décis.* 41, n. 4.
(4) *Disc.* 30, n. 12.

1,200 écus. Annibal de Fide tira, en effet, une lettre de change de pareille somme de l'ordre et pour compte de l'abbé Rospigliosi à l'ordre d'un nommé Vernini qui lui en fournit la valeur. Mais lorsque, plus tard, Vernini voulut exercer un recours contre l'abbé, celui-ci lui opposa la nullité du contrat de change auquel Annibal de Fide l'avait fait intervenir; il se fondait sur ce qu'au moment où cet Annibal avait tiré à l'ordre de Vernini une lettre de change de 1,200 écus pour compte de l'abbé Rospigliosi, il avait déjà épuisé par la création d'une lettre de change antérieure à l'ordre d'un autre individu le mandat qu'il avait reçu : ce que l'abbé Rospigliosi prétendait prouver par la production d'une lettre par laquelle Annibal de Fide l'instruisait de la création de cette première lettre de change. Une instance s'engagea, et malgré l'avis d'Ansaldus, l'abbé Rospigliosi gagna son procès. Il aurait dû le perdre.

Il y avait, en effet, une raison décisive militant pour Vernini, qu'Ansaldus ne manquait pas de faire valoir en première ligne : c'est qu'il répugne à l'équité, qui est l'âme des relations civiles et surtout des relations commerciales, que celui qui contracte de bonne foi avec un mandataire muni de pouvoirs réguliers, puisse être repoussé quand il veut agir contre le mandant, sous le prétexte que le mandat aurait été déjà accompli ou précédemment révoqué. Le mandat persiste pour les tiers de bonne foi, tant que rien ne vient leur faire connaître qu'il a pris fin; et le mandant doit alors supporter les suites de son imprudence ou de sa négligence. C'est pourquoi, aux termes de l'article 2005 du Code civil, la révocation du mandat, notifiée au seul mandataire, ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant sans recours contre le mandataire. On conçoit que, dans ce cas, la lettre qui fait preuve, soit de la révocation, soit de l'accomplissement du mandat, ne puisse être opposée au tiers qui a traité avec le mandataire dans l'ignorance de la révocation ou de l'accomplissement. Ce n'est pas qu'elle ne fasse pas preuve de la révocation même à son égard; mais que lui importe? dès

que cette révocation ne peut lui être opposée, parce qu'il ne l'a pas connue, il n'a pas besoin d'en contester soit le fait, soit la date : il lui suffit de dire qu'il ne la connaissait pas. Il est donc bien évident que de cette circonstance il n'y avait rien à conclure contre la preuve qui, dans d'autres hypothèses, peut résulter au préjudice des tiers de faits constatés par la correspondance.

Ainsi, supposons qu'un vendeur de mauvaise foi ait vendu à un acheteur de bonne foi une marchandise qu il avait déjà vendue par correspondance : il n'est pas douteux alors que, si le second acheteur n'a pas été livré de la marchandise, la vente antérieure, constatée par la correspondance, pourra lui être opposée et qu'elle devra recevoir son exécution.

On voit donc qu'en définitive la question de savoir si la correspondance fait preuve à l'encontre des tiers dépend, comme lorsqu'il s'agit de tout autre moyen de preuve, du point de savoir si le fait dont on prétend faire preuve, est, d'après sa nature, susceptible de leur être opposé. Si le fait ne peut leur être opposé, la preuve qui en serait rapportée n'est plus qu'une question sans intérêt. Si, au contraire, le fait est de nature à être opposé aux tiers, la preuve peut en être faite par la correspondance aussi bien que par tous les autres moyens de preuve admis en matière commerciale.

2461. La correspondance se trouve d'ailleurs dans une position d'autant plus favorable à cet égard, qu'il est plus facile de déterminer la date d'une lettre, et par conséquent de la formation des obligations auxquelles elle se rapporte. Le timbre de la poste donne à la date d'une lettre une sorte d'authenticité qui ne permet à personne de la contester, quels que soient d'ailleurs les effets attachés au contrat dont elle fait preuve. *Litteræ*, dit Straccha (1), *si publico signo sint subsignatæ, probant.*

2462. Il y a plus de difficulté sur le point de savoir si une correspondance échangée entre deux personnes peut prou-

(1) *Quomodò in causis mercat.*, *De probationibus*, n. 13.

ver, en faveur d'un tiers qui y est étranger, les faits qui se seraient passés entre ce tiers et celui ou ceux de qui émane cette correspondance. Je dis en faveur d'un tiers, parce qu'il est bien évident que les énonciations d'une correspondance ne peuvent rien prouver contre ceux à qui cette correspondance est restée étrangère et auxquels ne peuvent préjudicier des allégations qui n'ont pu être ni contrôlées, ni approuvées par celui à qui elles porteraient préjudice. Vous écrivez à Pierre, qui vous demande à acheter vos huiles, que vous me les avez vendues : assurément cette lettre ne pourra jamais faire preuve contre moi de la vente que vous prétendez m'avoir faite, et vous en argumenteriez vainement pour me contraindre à vous en payer le prix : on ne peut jamais se faire un titre à soi-même.

2463. Mais cette lettre, qui ne peut prouver contre moi, peut-elle prouver en ma faveur, et puis-je en argumenter pour vous contraindre à me livrer les huiles que vous y énoncez m'avoir vendues?

Selon Bartole (1) les lettres ne prouvent rien à l'égard de ceux à qui elles ne sont pas adressées. Il compare une lettre à un aveu extrajudiciaire qui, fait en l'absence de la partie, n'oblige pas celui de qui il émane, parce qu'il peut toujours être revoqué : *Litteræ ad alios missæ non probant respectu tertii, sicut nec confessio extrajudicialis, absente parte.*

Au contraire, la Rote de Rome (2), celle de Gênes (3), Balde (4), beaucoup moins absolues, subordonnaient la solution de la question aux circonstances, *utrumvis opinionem teneri posse;* et faisaient remarquer avec raison qu'il n'y a aucune assimilation possible entre un aveu extrajudiciaire fait en l'absence de la partie, qui n'a pu ni être accepté par elle ni être constaté dans une forme probante, et une lettre qui témoigne sans cesse et qui parle toujours : *Et ratio differentiæ potest illa reddi, quia epistola scribentis semper loquitur, ideò*

(1) Sur la loi *Admonendi*, ff. *De jurejur.*
(2) *Décis.* 249.
(3) *Décis.* 31, n. 6.
(4) *In rub. cod. de constitut. pecun.*

videtur facta confessio tum quando tertius illam profert et aceptat.

Telle est également mon opinion : je pense, quelle que puisse être d'ailleurs la portée des inductions qu'une lettre fournit au profit d'un tiers, que ce tiers ne peut jamais voir la tentative qu'il fait pour établir ces inductions repoussée par une fin de non-recevoir prise de ce que cette lettre constituerait un aveu qui, fait hors de sa présence, n'a pu être accepté par lui, et a toujours pu être révoqué par celui duquel il émane.

2464. Une autre fin de non-recevoir, prise de la nature confidentielle des lettres, a été proposée et souvent admise par la jurisprudence moderne. On a soutenu que nul ne pouvait se prévaloir en justice d'une lettre qui ne lui était pas adressée, sans commettre un abus de confiance; et ce système a été consacré par divers arrêts, dont les plus anciens et les plus absolus sont l'un de la cour de Rome du 4 décembre 1810, l'autre de la Cour de cassation du 4 avril 1821, dont il est peut-être utile de retracer les espèces.

La maison Sabattucci, sur une contestation commerciale élevée entre elle et la maison Spadafora, avait prétendu, en cour d'appel, que cette dernière avait donné ses pouvoirs au sieur Lucchini; et, pour le prouver, elle produisait une lettre que la maison Spadafora avait adressée à une tierce personne. Mais le rejet de cette lettre fut ordonné par arrêt de la Cour de Rome du 4 décembre 1810, « considérant que c'est abuser de la confiance et de la bonne foi que de publier et produire en jugement des lettres adressées à des tierces personnes; qu'en donnant poids à ces lettres, les tribunaux concourraient à fomenter un inconvénient des plus graves et des plus opposés aux liens sacrés qui doivent unir les hommes entre eux (1). »

L'arrêt de la Cour de cassation a également été rendu dans une espèce où il s'agissait de mandat. Un mandataire, accusé d'avoir excédé les bornes de son mandat, soutenait que le

(1) S., 3, 2, 365.

mandant avait donné son approbation à tout ce qu'il avait fait; et, pour le prouver, il produisait une lettre adressée par le mandant à un tiers, lettre que ce tiers avait lui-même communiquée au mandataire. La cour de Lyon avait refusé d'avoir égard à cette lettre : un pourvoi fut formé contre son arrêt. Mais ce pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation, le 4 avril 1821, « attendu qu'il est de principe invariable que les lettres adressées à des tiers sont réputées confidentielles, et que l'inviolabilité des secrets qu'elles renferment s'oppose à ce que des personnes étrangères puissent s'en prévaloir (1). »

Ces arrêts et d'autres plus récents (2) nous semblent avoir fait une application fort exagérée d'un principe incontestable, mais qui ne comporte pas les conséquences qu'on voudrait lui faire produire.

Qu'est-ce que c'est que le secret des lettres ou de la correspondance? C'est l'obligation morale, imposée à tous ceux qui ne sont pas propriétaires d'une lettre, de ne pas chercher à en pénétrer le contenu, et de ne pas le révéler s'il arrive qu'ils le connaissent autrement que par la révélation non confidentielle de celui qui en est propriétaire. Si donc l'auteur d'une lettre, qui a été ensuite soustraite au destinataire, est, comme ce destinataire lui-même, fondé à s'opposer à ce qu'un tiers fasse usage de ce qu'elle contient, il en est autrement, quand le destinataire d'une lettre qui en est le propriétaire, la communique à un tiers pour qu'il en fasse usage dans son intérêt. Une chose n'est jamais absolument et nécessairement secrète. Il n'y a secret qu'autant qu'il y a volonté exprimée ou présumée de ne pas divulguer une chose; et, si le propriétaire d'une lettre, qui a évidemment le droit de dire ce qu'elle contient et d'en faire usage pour son propre compte, autorise un tiers à en faire usage pour lui-même, je ne vois pas en quoi ce tiers violerait le secret des lettres ou de la correspondance en usant de la permission ou du droit qu'il lui a été conféré.

Un tiers ne pourrait être privé de la faculté qu'il tient du

(1) S., 6. 1, 414; D., 9, 609.

(2) Voy. notamment Caen, 31 juill. 1856, S., 57, 2, 22; Orléans, 17 mars 1857, S., 58, 2, 270, et Cass., 5 mai 1858, S., 58, 1, 535.

destinataire d'une lettre, que dans le cas où le destinataire de cette lettre n'aurait pas lui-même le droit d'en faire usage, parce qu'on ne peut communiquer un droit qu'on n'a pas. Mais c'est là une exception qui n'a lieu que dans le cas où l'auteur de la lettre a spécialement recommandé le secret au destinataire; où, quand le contenu de la lettre a un caractère confidentiel, par exemple lorsqu'étant de nature à porter préjudice à l'honneur, à la réputation ou même à la considération de celui qui l'a écrite, on doit présumer nécessairement que l'intention de l'auteur était que le secret en fût gardé (1).

Dans l'un et l'autre cas, en effet, il est clair que celui qui écrit la lettre, loin de donner au destinataire ou aux tiers le droit de s'en servir, ne s'en dessaisit que dans la conviction, et par conséquent sous la condition que le secret sera gardé; aucun droit ne peut dès lors résulter pour personne de la violation et de l'abus d'une lettre positivement destinée à rester secrète; c'est par ce motif que d'anciens arrêts ont jugé que, même en matière criminelle, on ne pouvait s'armer contre un accusé des aveux que contenaient les lettres qu'il avait écrites (2).

Mais bien évidemment, celui qui, en écrivant à un correspondant, l'entretient des affaires licites qu'il a faites avec un tiers, sans lui imposer aucun secret, sans que ce secret soit lui-même imposé par la nature des affaires traitées, ne peut être fondé à se plaindre de ce que son correspondant a communiqué la correspondance au tiers qu'elle intéresse, et de ce que ce tiers en a fait usage (3). Le vrai coupable, alors, n'est pas celui qui se prévaut des preuves que lui fournit une correspondance qui lui a été volontairement communiquée, mais bien celui qui cherche à abriter sa mauvaise foi derrière un secret que personne ne lui doit (4).

Au surplus, si la doctrine tendant à faire du secret des let-

(1) Voy. l'arrêt précité d'Orléans du 17 mars 1858, S., 58, 2, 270.

(2) Arrêts du 9 mars 1645 et 3 août 1735, cités par M. Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, art. 2, § 2, n. 9. — Voy. *ibid.*, v° *Lettre*, n. 5.

(3) Voy. cependant Cass., 5 mai 1858, S., 58, 1, 535.

(4) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 262 et suiv.

tres une fin de non-recevoir contre les tiers qui veulent faire usage des lettres qui ne leur ont pas été adressées n'est pas nouvelle, elle a toujours trouvé des résistances, et n'a jamais été admise d'une manière générale et sans contestation. L'ancienne jurisprudence commerciale lui était très-hostile; et la Rote de Gênes l'a plus d'une fois condamnée, en jugeant que celui qui avait en sa possession une lettre traitant de ses affaires particulières, pouvait y puiser des preuves en sa faveur, bien que cette lettre ne lui eût pas été adressée. *Acceptans litteras tractantes de suis negotiis, licet directas aliis, acquirit jus* (1). Et le Rote en donne cette raison frappante, qu'il importe peu que la suscription d'une lettre indique un destinataire autre que le tiers des affaires duquel il y est question, parce que, dans ce cas, la lettre est réputée adressée au tiers, par l'intermédiaire du destinataire : *Quod quamvis litteræ quoad inscriptionem non sint destinatæ dicto Joanni Jacobo, sed dicto Andræ, tamen cum negotium contentum in eis pertineat ad dictum Joannem Jacobum eidem Joanni Jacobo scribitur per medium dicti Andræ* (2).

J'ai supposé d'ailleurs dans tout ce qui précède que celui qui fait usage de lettres adressées à un tiers y est autorisé expressément ou tacitement par celui qui les a reçues. Mais il est certain qu'il en serait autrement si celui qui a reçu les lettres s'y opposait, ou si ces lettres étaient parvenues entre les mains de celui qui en fait usage par des moyens exclusifs du consentement de celui à qui elles appartiennent (3).

2465. Je serai néanmoins disposé à penser que si une lettre était écrite à une personne, avec charge de la communiquer à un tiers, ce tiers serait en droit d'en exiger la communication. C'est là un mandat donné au destinataire pour l'utilité du tiers que la lettre intéresse, mandat dont le tiers peut se prévaloir s'il n'a pas été révoqué en temps utile (4).

(1) Rote de Gênes, *décis.* 48, n. 3 et 4.

(2) *Ibid.*

(3) Voy. Caen, 31 juillet 1856, S., 57, 2, 22; Orléans, 17 mars 1857, S., 58, 2, 270, Cass., 5 mai 1858, S., 58, 1, 535; et 21 juillet 1862, S., 62, 1, 926.

(4) Voy. Lyon, 16 fév. 1854, S., 54, 2, 420.

2466. Il n'y a donc pas de fin de non-recevoir nécessaire contre le tiers qui cherche une preuve en sa faveur dans les lettres que celui avec lequel il prétend avoir contracté a écrites à une autre personne. Mais il est bien clair que ces lettres ne pourront être de quelque utilité aux tiers, que si les énononciations contenues dans les lettres dont ils prétendent se prévaloir ont un caractère de précision tel, soit par leurs termes, soit à raison des personnes à qui les lettres sont adressées, qu'on puisse y avoir l'intention de reconnaître aux tiers les droits qu'ils revendiquent.

Ainsi, j'ai supposé tout à l'heure le cas d'une lettre où un commerçant écrit à celui qui lui demande certaines marchandises, qu'ils les a déjà vendues à un tiers. Il est bien clair que, dans cette hypothèse, si le tiers qui se prévaut de cette énonciation n'a pas d'autres preuves à alléguer à l'appui de la vente qu'il prétend lui avoir été consentie, il devra succomber, parce que cette énonciation peut avoir été introduite dans la lettre plutôt comme moyen de justification du refus, que dans le but de reconnaître un droit quelconque à celui à qui la lettre attribue la qualité d'acquéreur.

Supposons, au contraire, qu'un commettant écrive à son commissionnaire, chez lequel il a des marchandises en dépôt, qu'il a vendu ces marchandises à un tiers, auquel il le charge de les livrer; et, dans ce cas, il deviendra manifeste que cette lettre pourra faire, à l'égard et en faveur du tiers, preuve de la vente que le vendeur de mauvaise foi refuserait plus tard de reconnaître.

La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans une espèce qui se rapproche de cette hypothèse. Le sieur Bahuaud avait vendu au sieur Cellier trois pièces d'eau-de-vie. A l'arrivée de ces trois pièces, le sieur Cellier les refusa en se fondant sur ce qu'elles étaient chargées d'odeur, ce qui les empêchait d'être loyales et marchandes, et il demanda la résolution du contrat; puis au cours de l'instance qui s'engagea sur cette demande, il produisit dans le but de prouver que le sieur Bahuaud avait reconnu la mauvaise qualité des eaux-de-vie et la nullité de la vente, une lettre écrite par le sieur

Bahuaud à un sieur Vielle, et communiquée par ce dernier, dans laquelle le sieur Bahuaud lui mandait « de terminer cette affaire à l'amiable avec le sieur Cellier, et s'il ne pouvait y parvenir, de vendre à d'autres pour son compte. » La Cour d'Angers se fondant sur les circonstances de la cause, et notamment sur la lettre précitée, annula la vente ; et le pourvoi formé contre son arrêt a été rejeté le 24 juillet 1821 par la Cour de cassation, « attendu que la Cour royale avait pu, sans violer aucune loi, se fonder sur la conduite du sieur Bahuaud dans l'instance pour déclarer que les marchandises litigieuses étaient non loyales et non marchandes (1). »

On pourrait en dire autant de la lettre écrite par un associé à son coassocié, relativement aux affaires que la société a faites avec un tiers : cette lettre serait très-apte à prouver les conventions qui, niées par les associés, seraient alléguées par les tiers. *Immò verius est*, dit la Rote de Gênes, *quod epistola mercatorum ad consocios scripta et signata, plenè probat contra eos pro tertio* (2). Mais, on le comprend, tout gît ici dans l'appréciation que les juges auront à faire de la correspondance qui leur sera soumise. Si leur interprétation est souveraine quand des lettres sont produites comme élément de preuve entre les deux correspondants, à plus forte raison en est-il ainsi quand ce sont des tiers qui se prévalent d'une correspondance qui leur est étrangère (3).

§ VI. — *Des écritures non signées.*

SOMMAIRE. — 2467. Division du § VI.

2467. Jusqu'ici, dans l'exposé des différents modes de preuve littérale, nous nous sommes occupé des écritures dont la signature des parties certifie le contenu, atteste la vérité et constitue ainsi une des formalités nécessaires et essentielles. L'acte authentique, l'acte sous seing privé, les bordereaux, les factures, la correspondance, ne valent, en cette qualité,

(1) S., 6, 1, 473; D., 22, 1, 284.
(2) *Décis*. 31, n. 6.
(3) Voy. Aix, 5 juin 1852, S., 53, 2, 193.

que par la signature. Il nous reste à nous occuper des écritures qui, bien que non signées, sont cependant de nature à faire une preuve plus ou moins complète des faits qu'elles énoncent. Telles sont les écritures qui se trouvent sur des livres ou registres destinés à tenir note et à garder le souvenir des affaires de la personne à qui ils appartiennent; telles sont aussi les écritures portées sur des feuilles volantes; telles sont, enfin, les écritures qui se trouvent en marge, au dos ou à la suite d'un acte signé. Il y a, relativement à ces différentes sortes d'écritures non signées, des règles distinctes qui vont faire l'objet d'un examen successif. Nous nous occuperons d'abord des livres et registres, ensuite des papiers domestiques autres que les livres et les registres.

Article 1. — Des livres et registres, et particulièrement des livres des commerçants.

Sommaire. — 2468. Des livres des particuliers non commerçants. Ils ne font ni preuve ni commencement de preuve en leur faveur. — 2469. Quand prouvent-ils contre eux pour les obliger? — 2470... pour libérer leur débiteur. — 2471. Quand les particuliers sont-ils tenus de produire leurs livres. — 2472. Des livres des commerçants. — 3473. Antiquité de l'usage de la tenue de livres. — 2474. Comment ils étaient tenus à Rome. — 2475. Obligation imposée en France aux commerçants de tenir des livres et de les conserver. — 2476. Quels sont les livres indispensables à tout commerçant? Livre journal. — 2477. Livre des inventaires, livre de la correspondance. — 2478. Ces livres sont nécessaires même aux marchands en détail. — 2479. Des livres auxiliaires. — 2480. Des carnets et des agendas. — 2481. Formes de la tenue des livres. Leur régularité ne dépend pas nécessairement de l'observation de ces formes. — 2482. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient écrits de la main du marchand. — 2483. Autorité particulière des livres des commerçants. Historique de la question à Rome. Livre des argentiers ; livre des marchands. — 2484. En Italie, au moyen âge. — 2485. En Allemagne. — 2486. En France, sous l'ancien droit. — 2487. Nouveau droit. Système combiné du Code civil et du Code de commerce. Distinction entre le cas où un livre de commerce est opposé à un non-commerçant et celui où il est opposé à un commerçant. — 2488. Attaques dont ce système a été l'objet. Sa justification. — 2489. Autorité des livres de commerce entre marchands et particuliers non-marchands. Ils prouvent contre le marchand, mais ils ne prouvent pas en sa faveur contre un particulier non-marchand. — 2490. Le serment supplétif peut être déféré au marchand. — 2491. Les livres d'un marchand peuvent-ils servir de commencement de preuve par écrit contre un non-marchand? — 2492. Le non-commerçant en faveur duquel prouvent les livres d'un

commerçant ne peut les diviser. — 2493. La preuve faite en faveur d'un non-commerçant, par les livres d'un commerçant, admet-elle la preuve contraire ? — 2494. Les livres d'un marchand ne font preuve contre lui, en faveur d'un non-marchand, que des choses relatives à son commerce. — — 2495. Autorité des livres de commerce entre marchands. Ils peuvent être admis par le juge pour faire preuve, mais pour faits de commerce, et non dans les matières purement civiles. — 2496. *Quid*, si les commerçants ont cessé de faire le commerce? — 2497. *Quid*, si le fait s'est passé dans le temps intermédiaire à la cessation et à la reprise du commerce. — 2498. Les artisans peuvent-ils être considérés comme des commerçants? — 2499. Étendue de l'autorité des livres des commerçants entre eux. Le juge a un pouvoir discrétionnaire pour mesurer cette autorité. — 2500. Règles diverses d'appréciation. — 2501. Des livres des agents de change et des courtiers. — 2502. Carnets des agents de change et des courtiers. — 2503. Des livres des faillis. — 2504. La production des livres peut être demandée, tant par le demandeur que par le défendeur ; et les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour la refuser ou l'ordonner. — 2505. *Quid*, du cas où le défendeur est un particulier non-marchand. — 2506. Distinction entre la communication des livres et leur représentation. — 2507. Commissions rogatoires. — 2508. Du serment qui peut être déféré à la partie qui refuse de représenter ses livres. — 2509. *Quid*, si la partie est dans l'impossibilité de produire ses livres? A qui incombe la preuve de cette impossibilité ? — 2510. De l'autorité et de la production des livres auxiliaires. — 2511. De l'autorité des livres de commerce à l'égard des héritiers des commerçants. — 2512. Comment les héritiers sont tenus de produire les livres de leur auteur. — 2513. De l'autorité des livres à l'égard des ayants cause. — 2514. A l'égard des tiers. — 2515. *Quid*, des livres du failli ? — 2516. Les tiers ne peuvent jamais exiger la production des livres d'un marchand. — 2517. Des livres d'un mandataire. — 2518. Des livres de l'administrateur ou du gérant d'une société. — 2519. Des livres étrangers.

2468. La tenue des livres ou des registres est un devoir pour tout homme d'ordre qui veut pouvoir se rendre compte de l'état de ses affaires et aligner ses recettes avec ses dépenses. Mais pour tout commerçant, c'est une obligation qui lui est imposée par la loi même. De cette différence de position résultent de graves différences dans l'autorité et dans la force probante des livres des particuliers et des livres des commerçants. Avant donc d'entrer dans les explications nécessaires pour l'intelligence des règles et des principes du droit relatifs aux livres des commerçants je dirai quelques mots des livres des particuliers. Ce sera une préparation toute naturelle aux détails plus approfondis que demandent les livres dans lesquels viennent se fixer, avec leurs causes et leurs effets, les change-

ments journaliers que le mouvement des affaires produit dans la fortune et dans lés relations de ceux qui font du commerce leur profession habituelle.

En principe, on ne peut se faire un titre à soi-même, pas plus qu'il n'est permis d'être témoin dans sa propre cause. On n'ajouterait pas foi à celui qui viendrait dire de vive voix : Je suis créancier. Pourquoi ajouterait-on plus de foi à l'allégation de celui qui ne rapporterait pour preuve de son droit que sa propre écriture (1)? *Exemplo perniciosum est*, dit la loi romaine (2), *ut ei scripturæ credatur quâ unusquisque adnotatione propriâ debitorem sibi constituit*. Et le Code civil n'a fait que suivre ces principes et les anciens errements du droit, en disposant, par son article 1331, que « les registres et les papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. » Ils ne font même pas un commencement de preuve ; aussi, est-ce avec raison que M. Toullier leur refuse l'effet d'autoriser le juge à déférer le serment supplétoire au propriétaire non-commerçant des livres produits dans son intérêt (3), à la différence de ce qui a lieu, comme nous le verrons bientôt, à l'égard du commerçant qui produit ses livres, contre un particulier non-commerçant (4).

2469. Aux termes du même article 1331, les registres et papiers domestiques d'un particulier non-commerçant ne prouvent même pas indistinctement contre lui. A cet égard, Bartole (5), Boiceau (6) et Pothier (7), distinguent, entre le cas où ce que nous avons écrit tendrait à nous obliger envers quelqu'un, et le cas où ce que nous avons écrit tendrait à libérer notre débiteur.

Dans le premier cas si j'ai écrit sur mes livres ou sur mes registres que je dois 100 francs à Paul, cette énonciation ne

(1) *Deindè ordinariè scripturæ privatæ non plus credendum esse quam vivæ scribentis voci, facilè patet. Quid enim interest, quæso, ore quis affirmet sibi deberi, an litteris*? Heineccius, *De lib. mercat. foro cedent.*, § 9.

(2) L. VII, Cod. *De probat.*

(3) T. VIII, n. 400.

(4) C. civ., 1329. Voy. *inf.*, n. 2490.

(5) Sur la loi *Exemplo perniciosum*, au Code *De probat.*

(6) *Comment. sur l'art.* 54 *de l'ord. de Moulins*, part. II, ch. VIII.

(7) *Des oblig.*, n. 724.

fera pas nécessairement preuve contre moi, par cette raison frappante que Pothier a su mettre en relief, qu'une pareille note ne paraît faite que pour me rendre compte à moi-même, et non pour servir au créancier de preuve du prêt qu'il m'a fait : ce créancier n'ayant pas de billet, la présomption est qu'il me l'a rendu lorsque je l'ai payé, et que, me trouvant assuré par la restitution qui m'a été faite de mon billet, j'ai négligé de barrer cette note et de mentionner le payement que j'avais fait. Mais si, au contraire, il résulte de la note qu'elle a été faite pour servir de preuve du prêt, elle doit faire preuve, puisque telle a été la volonté du débiteur. Telle est, sur ce premier point, la disposition de l'article 1331 qui, toutefois, n'abandonne pas à l'arbitraire du juge la question de savoir, si la note a été faite pour servir de preuve. Il faut, d'après cet article, pour que les livres ou registres fassent foi contre celui qui les a écrits de l'obligation qu'ils énoncent, qu'on y trouve la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel cette obligation aurait été contractée. Boiceau et Pothier pensent que, si la note portée sur un registre particulier était signée par l'auteur de ce registre, elle ferait foi de l'obligation qu'elle énoncerait au profit d'un tiers. Mais je ne crois pas qu'en présence de la disposition essentiellement limitative de l'article 1331, cette solution puisse être admise aujourd'hui, et qu'une pareille note soit de force à valoir autrement que comme un commencement de preuve par écrit (1).

2470. Dans le second cas, c'est-à-dire si la note que j'ai écrite tend à libérer mon débiteur en énonçant un payement reçu, on doit y ajouter foi, parce que la libération est toujours favorable, *favore liberationis;* et parce qu'on ne doit jamais présumer que celui à qui une chose est due et qui n'a pas été payé, fasse mention sur ses livres d'un payement qu'il n'a pas reçu. L'article 1331 du Code civil a encore suivi, sur ce point, le sentiment des docteurs et principalement de Pothier qui a résumé et fixé leur doctrine.

(1) M. Bonnier, n. 606.

2471. Du reste, quelle preuve que puissent faire les registres et les livres des particuliers contre ceux qui les ont tenus, comme aucune loi ne fait aux particuliers une obligation de tenir des livres, il est bien évident que, dans les cas ordinaires, les juges n'en peuvent ordonner ni l'apport, ni la communication, puisque la partie à laquelle on demanderait cette communication pourrait toujours s'y refuser en répondant qu'elle n'a pas de livres, et qu'il n'y aurait aucun moyen légal de vérifier si elle en a ou si elle n'en a pas. Cependant, s'il y avait preuve légale de l'existence des livres, par exemple, si leur présence se trouvait constatée par un inventaire, les juges pourraient alors en ordonner la représentation ou la communication, et, dans le cas où la partie refuserait d'obtempérer à cet ordre, tirer de ce refus telles inductions que de raison, ou déférer le serment à l'autre partie (1).

2472. Comme on le voit, c'est d'après les principes et les règles du droit commun que se résolvent les questions qui naissent à l'occasion des moyens de preuve que l'on peut puiser dans les livres des particuliers. Les livres des commerçants sont, au contraire, soumis, soit quant à leur tenue, soit quant à leur force probante, à des règles spéciales dans le détail desquelles nous allons entrer.

2473. De tout temps, et avant même que la loi leur en fît une obligation, les commerçants ont tenu des livres. L'Italie du moyen âge, sur le sol fécond de laquelle les institutions commerciales, qui semblent y être nées spontanément, se sont développées avec tant de puissance et de promptitude, avait emprunté l'usage de la tenue des livres à l'ancienne civilisation romaine qui, à son tour, l'avait trouvé établi dans la Grèce, et partout où l'écriture avait mis à la portée des hommes d'affaires ce moyen si simple d'aider au souvenir et de soulager la mémoire. L'oraison de Cicéron *pro Roscio*, les oraisons contre Verrès, la loi 4 au Digeste, *de edendo* (2), démontrent clairement que, s'il n'y avait pas sur ce point une loi précise, il y

(1) Voy. Toullier, t. VIII, n. 404; M. Bonnier, *Des preuves*, n. 607.

(2) *Prætor ait argentariæ mensæ exercitores rationem quæ ad se pertinet, edant, adjecto die et consule.* (*In pr.*)

avait du moins un usage qui en tenait lieu. Casaregis, après avoir dit que tout administrateur public ou privé est obligé d'avoir des livres, assimile le commerçant à l'administrateur et en conclut qu'il est légalement présumé avoir tenu des livres et les avoir conservés, *cum præsumatur eos confecisse et conservasse* (1); et Straccha fait de la tenue des livres une des obligations principales des commerçants : *Solent et debent mercatores libros rationum conficere; id enim ad statum eorum præcipuè obtinet* (2).

2474. On trouve dans l'oraison de Cicéron *pro Roscio*, des détails curieux sur la manière dont les livres des commerçants étaient tenus à Rome; et si nos méthodes se sont perfectionnées, on en reconnaît cependant le germe dans les procédés mis en usage il y a plus de deux mille ans, dans les livres brouillards, *adversaria*, sur lesquels chaque opération était notée au fur et à mesure qu'elle avait lieu, et dans les livres proprement dits, *rationes, codices rationum*, *tabulas*, sur lesquels les articles du livre brouillard étaient ensuite reportés, et qui seuls pouvaient faire foi en justice. Il paraît même qu'il s'était introduit à cet égard un usage qui ne serait pas exécutable de nos jours, mais dont la pratique, alors qu'elle était possible, était de nature à donner aux livres une grande autorité. D'après Saumaise (3) et Brisson (4), dont les patientes recherches ont retrouvé les matériaux épars avec lesquels ils ont reconstruit l'antiquité, les prêts et les obligations s'écrivaient en présence du débiteur, qui en même temps en chargeait son livre ; et quand la dette se payait, le créancier rayait et effaçait l'article sur son livre en présence du débiteur qui, en même temps, en déchargeait le sien (5). Cela fait supposer que les

(1) *Disc.* 102, n. 14, 39 et suiv., 76 et suiv.

(2) *De mercaturâ,* part. II, n. 51.

(3) *De modo usurar.*, cap. XI, p. 473 et suiv.

(4) *De form. pop. rom. solemn.*, lib. VI, p. 536 et suiv.

(5) *Solebat enim creditor, pecuniam, nomen debitoris, causam debendi, reliquasque circumstantias, præsente debitore, in tabulas rationum referre; idemque præsente creditore, faciebat, debitor, iique codices inter se comparati, si inter se similes reperiebantur plenam faciebant fidem.* Heineccius, *De libris mercat.*, § 12. On retrouve quelque chose de cet usage dans la manière de procéder des agents de change. Voy. *inf.*, n. 2502.

livres des commerçants romains étaient portatifs, soit qu'ils consistassent en tablettes (*tabulas*), ou en volumes (*volumina*) ; mais rien n'est moins portatif que les livres et les registres qui chargent aujourd'hui les casiers d'une maison de commerce.

2475. En France, l'édit de création des agents de change et de banque, de décembre 1539, qui ordonnait à ces intermédiaires du commerce de tenir un livre-journal dans lequel seraient insérées toutes les parties par eux négociées, fut le premier acte qui ait fait de la tenue des livres une obligation légale. Plus tard, cette disposition fut généralisée par le titre III de l'ordonnance de 1673, dont les dispositions ont été reproduites par l'article 8 du Code de commerce, ainsi conçu : « Tout commerçant est tenu d'avoir un livre-journal qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paye, à quelque titre que ce soit, et qui énonce, mois pas mois, les sommes employées à la dépense de sa maison : le tout indépendamment des autres livres employés dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables. — Il est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celle qu'il envoie. » L'article 9 ajoute : » Il est tenu de faire tous les ans, sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné. » Et, suivant l'article 11, les commerçants sont tenus de conserver ces livres pendant dix ans.

2476. Il y a donc, dans l'état actuel de la législation, trois sortes de livres indispensables à tout commerçant : le livre-journal, le livre de la correspondance et le livre des inventaires.

Le livre-journal est ce qu'on appelait autrefois le livre de raison *Codex rationum*, ou simplement *ratio*, c'est-à-dire le livre contenant le détail des opérations, en vertu desquelles on devait donner, recevoir, prêter, payer, et que la loi 6, *ff. de edendo*, définit ou décrit en ces termes, d'après le jurisconsulte Labéon : *Rationem autem esse Labeo ait, ultro citroque dandi,*

accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causâ negotiationem. Sur quoi Bartole, Balde et Straccha se sont fondés pour faire l'énumération suivante, des énonciations que les marchands doivent porter sur le livre de raison : *Debent quæ receperunt scribere et quidem nominatim à quo receperint et ex quâ causâ; item cui dederint nominatim debent scribere. Item et diem receptarum rerum speciatim inserere : si enim prædicta speciatim et singulatim non scripserint non videtur reddita ratio... Et requiritur in codice omnia singulariter et explicite scribi et exprimi : implicitæ enim rationes non esse debent et summas in genere vel in concreto continere* (1). La loi romaine et ses commentaires ont évidemment servi de point de départ à l'article 8 du Code de commerce qui en reproduit et les termes et l'esprit. Autrefois du moins en Italie, on donnait le nom de livre-journal au brouillard sur lequel les opérations étaient notées sommairement, au fur et à mesure qu'elles étaient faites, pour être ensuite reportées à leur ordre, et avec les détails voulus, sur le livre de raison ou livre-maître, *libro maestro* (2). Mais aujourd'hui le livre de raison obtient seul la qualification légale de livre-journal.

2477. Quant au livre des inventaires et au livre de la correspondance, leur nom seul en indiquerait le contenu, si la loi n'avait pas pris soin de le faire elle-même.

2478. Ces trois livres, le livre-journal, le livre des inventaires et le livre de la correspondance, sont indispensables à tous ceux qui font le commerce. La loi ne fait à cet égard aucune distinction entre les marchands en gros et les marchands en détail : elle n'excepte même pas les petits marchands ; mais l'obligation qu'elle impose manque de sanction proprement dite. Car si l'article 586 du Code de commerce porte que le commerçant failli peut être déclaré banqueroutier simple s'il n'a pas tenu de livres ou si ses livres ne sont pas régulière-

(1) Straccha, *De mercat.*, part. II, n. 37 et 38 ; Rote de Gênes, *décis.* 164, n. 22.

(2) *Liber giornalis diurni nempè exitûs et introitûs, et à quo per speciem recompilationis seu brevis transumpti desumatur alter qui nuncupatur Mastro.* Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 153. — *Giornale est protocolum ex quo formatur liber.* Rote de Gênes, *Disc.* 173, n. 6.

ment tenus, c'est une faculté qu'il donne aux juges, qui devront avoir égard aux circonstances et à la nature du commerce pour décider si l'absence ou l'irrégularité des livres est une raison suffisante de voir un banqueroutier dans un failli.

2479. Il est, d'ailleurs, d'autres livres appelés auxiliaires et que tiennent généralement toutes les maisons de commerce de quelque importance. Ces livres sont : le livre de caisse (1); le grand-livre (qu'on appelle aussi quelquefois livre de raison), qui présente le compte particulier de chacune des personnes avec lesquelles le commerçant est en relation d'affaires ; le livre des achats et ventes ; celui des traites et acceptations, etc. Mais tous ces livres, tenus seulement pour la commodité et la plus grande clarté dans les affaires, ne sont considérés que comme des fractions du livre-journal dont ils ne doivent servir qu'à corroborer les énonciations.

2480. Outre les livres proprement dits, il y a encore les carnets ou agendas (2) qui, quelquefois, peuvent être appelés à faire preuve, ainsi que nous le verrons plus tard.

2481. La loi ne s'est pas bornée à prescrire aux commerçants la tenue de certains livres ; elle a, de plus, pris soin de déterminer la manière dont ils doivent être tenus. Ainsi, ils doivent être tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge (3). Ils doivent être cotés et paraphés, et visés, sans frais, soit par un juge du tribunal de commerce, soit par le maire de la commune ou un adjoint (4). Enfin, le livre-journal et le livre des inventaires doivent encore être visés et paraphés une fois par année, formalité à laquelle n'est pas soumis le livre des copies de lettres (5).

Anciennement, les livres des commerçants étaient assujettis au timbre (6). Mais l'article 4 de la loi de finances du 20 juil-

(1) *Quaterna di cassa*. Ansaldus, *Disc.* 66, n. 5.

(2) *Liber manuale, vacchetta, stracciafoglio*. Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 153.

(3) C. comm., art. 10.

(4) *Ibid.*, art. 11.

(5) *Ibid.*, art. 10.

(6) Loi du 13 brum. an VII, art. 12. En conséquence, il était défendu à aucun juge ou officier public, à peine de 100 fr. d'amende, de coter et parapher un registre non timbré. *Ibid.*, art. 15 et 24.

let 1837 les a, avec raison, dispensés d'une formalité coûteuse et qui d'ailleurs n'ajoutait rien à leur régularité qui est la grande condition de leur force probante. Il eût même été convenable de dispenser également les commerçants de l'obligation de faire viser, coter et parapher leurs livres. On a voulu par là empêcher les interpolations; mais cette précaution, complétement illusoire si, d'ailleurs, les livres ne sont pas régulièrement tenus et alignés, c'est-à-dire s'ils ne sont pas écrits, de suite, par ordre de date, sans aucun blanc, sans renvois, sans ratures ni transports en marge, devient inutile si les livres sont bien alignés. Il suffisait donc d'exiger que tous les articles fussent écrits à la suite des uns des autres, sur des registres bien reliés, de telle sorte qu'il n'y eût pas moyen d'en soustraire ou d'y intercaler un feuillet, ni de glisser un article entre ceux qui y sont déjà écrits. Aussi, dans la pratique rencontre-t-on fréquemment des livres qui ne sont ni visés, ni cotés, ni paraphés de la manière prescrite par le Code de commerce, et dont cependant la régularité est telle, qu'il est équitablement impossible de leur refuser la même autorité que celle à laquelle ils auraient droit s'ils étaient revêtus des formalités surabondantes dont le législateur a cru devoir embarrasser leur tenue (1). Les anciens usages constatés par les docteurs ne demandaient rien au delà de ce qui était nécessaire pour assurer la régularité des livres (2).

2482. Pour compléter ce qui concerne la tenue des livres, j'ajouterai qu'il importe peu qu'ils soient écrits de la main du marchand ou d'une main étrangère. *Liber mercatorum non refert an ab ipso mercatore vel ab alio scriptus sit*. Cette opinion de Straccha (3) était celle de tous les tribunaux (4) et de tous les docteurs de l'Italie (5). La pratique contraire, à peine possi-

(1) Cass., 3 janv. 1860, S., 60, 1, 380.

(2) *Requiritur ut liber mercatilis, proborumque mercatorum more, sit compactus et confectus.* Klein, *De prob. quæ fit per lib. merc.*, p. 50, § 29 et suiv. — *Mercatorum libri ad hoc ut probent, debet recognosci an sint bene et mercantiliter retenti.* Ansaldus, *Disc.* 82, n. 5.

(3) *De mercat.*, part II, n. 65.

(4) Rote de Gênes, *décis.* 31, n. 7.

(5) *Libri mercatorum vel partitæ in eis scriptæ ab alio, præsumuntur*

ble pour les petits marchands, deviendrait de plus en plus impossible à mesure que le commerce serait plus étendu, et alors que la tenue des livres présenterait plus d'intérêt. Aussi, dans l'usage, la tenue des livres est-elle un travail spécialement dévolu à un commis chargé de ce soin, *juveni*, *institori vel complimentario* (1).

Il a même été jugé, et avec raison je le crois, qu'une mention qui se trouve sur les livres et registres d'un commerçant fait foi contre lui, quand même elle aurait été écrite de la main même du créancier qui l'invoque, lorsqu'il est établi, d'ailleurs que le commerçant à qui l'on oppose cette mention l'avait connue et approuvée (2).

2483. On voit donc que les livres des commerçants, élevés en quelque sorte par la loi à la hauteur d'une institution, doivent avoir une toute autre autorité que les livres des particuliers. D'un autre côté, les affaires d'un commerçant se prêtent beaucoup mieux que celles d'un particulier à une inscription régulière et suivie sur des livres; leur fréquence et leur succession journalière permettent de reconnaître si les livres sont bien tenus, c'est-à-dire si chaque article est porté à son rang et à sa date, et rendent impossible, quand les livres sont bien tenus, toute interpolation après coup d'un article fictif et toute suppression d'un article qui a été porté à sa date et à son rang. Le plus ordinairement, au contraire, il y a, dans les affaires des particuliers, une telle absence de suite, elles sont séparées les unes des autres par des intervalles de temps tels, qu'une apparence de régularité n'est pas toujours la preuve d'une régularité réelle.

Mais si l'autorité des livres de commerce n'a jamais été douteuse en principe, ça été de tout temps une question fort délicate que celle de savoir le degré précis de cette autorité.

Il n'est pas sans intérêt de suivre les vicissitudes de cette question depuis le droit romain jusqu'à nos jours; c'est le

scripti vel scriptæ de eorum mandato. Casaregis, *Disc.* 45, n. 55; Ansaldus, *Disc.* 75, n. 12; *Disc. gen.*, n. 120.

(1) Ansaldus, *ubi sup.*

(2) Bourges, 14 juill. 1851, S., 51, 2, 737.

meilleur moyen de faire comprendre le sens de la portée de la loi actuelle.

Malgré l'usage qui s'était généralement introduit de tenir des livres, usage qui était principalement observé par les commerçants (1), il ne paraît pas qu'à Rome les livres, soit des commerçants, soit des non-commerçants, fissent indistinctement foi de leur contenu (2). Il résulte bien de plusieurs passages des plaidoyers de Cicéron pour Roscius, pour Cluentius, contre Verrès, que les livres pouvaient être produits, à titre de renseignements et de présomptions ou de commencement de preuve ; mais il en résulte aussi que jamais ils ne pouvaient par eux-mêmes faire preuve complète de leur contenu. « C'est une audace sans exemple, disait Cicéron dans son plaidoyer pour Roscius, que de produire son livre au lieu de produire des témoins : *Suum codicem loco testis recitare, arrogantia est.* » Et dans son premier plaidoyer contre Verrès il reprend vivement son adversaire de ce qu'il voulait faire juger le procès sur ses livres (3). Je crois donc qu'Heineccius s'est exagéré le sens et la portée de ces passages et de quelques autres analogues, lorsqu'il en conclut que dans les principes du droit romain primitif, les livres des commerçants faisaient preuve complète de tout ce qu'ils contenaient (4).

Quoi qu'il en soit, et en supposant que tel ait été l'usage contemporain de Cicéron, toujours est-il que le droit des Pandectes aurait profondément modifié cet état de choses. Le Digeste ne reconnaissait une autorité suffisante, pour faire preuve complète de leurs énonciations, qu'aux livres des ar-

(1) *Qui Romæ olim negotiabantur vel commerciorum causâ per provincias commeabant, id sibi præcipuè negotii existimabant datum, ut accepta, expensaque ex arcâ diligenter in rationes referrent.* Heineccius, *De lib. mercat.*, § 12.

(2) Huberus, *Prælect. ad pandect.*, lib. XXII, tit. III, § 18.

(3) *Homo stultissime et amentissime, tabulas quum conficeres, satis te elapsurum nominis suspicione arbitrabare, si quibus pecuniam credebas, iis expensum non ferres neque in tuas tabulas ullum nomen referres, quam tot tibi nominibus acceptum Curtii referrent? Quid proderat tibi expensum illis non tulisse? an tuis solis tabulis te causam dicturum existimasti?*

(4) *Si dicendum quod res est, antiquissimis temporibus, Romani mercatorum tabulis et codicibus non modo semiplenam sed integram fidem habuerunt.*

gentiers. Suivant les uns, les argentiers, qui faisaient le commerce de l'argent (1), remplissaient un office public, *officium publicum*, et étaient élus par le peuple ; suivant les autres, leurs fonctions, sans être publiques, avaient pour cause l'intérêt public, *publicam causam*, et ils opéraient sous la protection de l'autorité publique, *publicâ autoritate* (2). Dans l'une et l'autre hypothèse, leurs livres avaient donc un caractère public, et, à ce titre, faisaient preuve non-seulement entre argentiers, mais encore à l'égard des tiers (3). C'est ce qui résulte de plusieurs lois du titre du Digeste *de edendo*, et notamment de la loi 10, *in principio*, suivant laquelle les argentiers étaient tenus de produire leurs livres dans les procès qui s'élevaient soit entre eux, soit entre des tiers : *Argentarius rationes edere jubetur ; nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio ;* et de la loi 9, § 2, au même titre, spéciale aux *nummularii*, espèce d'argentiers (4), qu'on pouvait également forcer de produire leurs livres, *cogi rationes ederes* parce qu'ils faisaient preuve, comme ceux des argentiers proprement dits, *sicut argentarii*, et qu'on y avait souvent recours pour ajouter foi à leur contenu, *quarum probatio scripturâ codicibusque eorum maximè continetur et frequentissimè ad fidem eorum decurritur*. D'où la plupart des interprètes ont conclu que leurs livres faisaient preuve, tant pour eux que contre eux, *ut sive pro illis sive contra eosdem proferrentur plenè probarent* (5).

Quant aux marchands, proprement dits, qui ne remplissaient pas un office public, et qui n'opéraient pas sous la pro-

(1) *Pecunias fœnori dabant, auctiones faciebant, pro aliis numerabant, solvebant, constituebant, pecuniam trajectitiam suo periculo credebant.* Heineccius, *ubi sup.*, n. 14 ; Danty sur Boiceau, addit. au chap. VIII.

(2) Heineccius, *ibid.*

(3) Voy. *inf.*, n. 2514.

(4) Ceux qui faisaient à Rome le commerce de l'argent recevaient plusieurs noms : *argentarii* ou *argentariæ mensæ exercitores ; argenti distractores* ou *venditores ; mensarii* ou *mensularii ; nummularii, fœneratores, trapezitæ, collybistæ, crematistæ, campsores, coactores* ou *collectarii*. Voy. Danty sur Boiceau, *ubi sup.*

(5) *Nic. de Passeribus, de script. priv.*, lib. IV, cap. XIV, n. 17 et suiv. ; Wesembecius, *Paratit. ad tit. de fide instrum.*, n. 6 ; Heineccius, *ubi sup.*, § 14.

tection de l'autorité publique, il résulte d'un passage précieux du jurisconsulte Paul, que les juges pouvaient puiser dans leurs livres des raisons de décider, mais que ces livres ne faisaient pas une preuve nécessaire comme ceux des argentiers. Titius avait envoyé, par lettre missive, aux Sempronius, un extrait de son livre portant le détail des sommes qu'il leur devait, par suite d'un dépôt, et de celles qu'ils lui devaient. Paul, consulté sur le point de savoir si cet extrait (supposé fidèle et sincère) faisait preuve complète des créances respectives, *an ex hujus modi scripturâ obligatio aliqua nata sit*, répondit qu'il faisait un commencement de preuve du dépôt qui y était reconnu, preuve qui pouvait être complétée par le déposant ; que sur le point de savoir s'il faisait preuve ou commencement de preuve de la créance prétendue par le dépositaire, c'était au juge à décider d'après les circonstances : *Respondit ex epistolâ de quâ quæritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. An autem is quoque qui deberi sibi cavit in eâdem epistolâ decem, probare possit hoc quod scripsit judicem æstimaturum* (1).

Le droit justinien distinguait donc, entre les livres des argentiers et ceux des marchands ordinaires, pour accorder aux premiers la force de faire preuve complète, tant contre que pour les argentiers, et pour la refuser aux seconds qui ne faisaient qu'une demi-preuve dont l'effet était abandonné à l'estimation et à l'arbitrage du juge.

2484. Au moyen âge, lors de la renaissance du droit romain en Italie, au milieu de l'immense commerce qui enrichissait les cités de cette contrée si précoce, et qui donnait à la question un intérêt tout particulier, les glossateurs conclurent des textes du Digeste que les livres des commerçants, régulièrement tenus, devaient faire preuve tant contre eux qu'en leur faveur, alors du moins qu'ils étaient confirmés par le serment de celui qui les invoquait. Cette opinion, que firent prévaloir Barthole (2) et Balde (3), fut

(1) L. XXVII, § 3, ff. *Depositi.*
(2) *Ad L. quædam*, § *Nummularios*, ff. *De edendo.*
(3) Sur la loi *Rationem*, C. *De probationibus.*

bientôt après suivie par tous les commentateurs et admise dans la pratique des affaires ; et elle parut d'autant plus fondée à tous ceux qui cherchaient à s'appuyer sur le droit romain, qu'à cette époque les marchands formaient une sorte de corporation : ce qui, en les assimilant, jusqu'à un certain point, aux anciens argentiers, semblait autoriser l'application qui leur était faite des lois qui régissaient à Rome ceux qui faisaient le commerce privilégié de l'argent (1).

Toutefois, dès cette époque, il y eut une certaine incertitude sur l'étendue de la force qu'on reconnaissait aux livres des marchands. Devaient-ils faire preuve complète ? Devaient-ils faire seulement une demi-preuve, subordonnée, dans ses effets, au serment du marchand qui s'en prévalait ? C'est sur quoi on n'était pas d'accord. Les statuts des différentes villes commerçantes d'Italie n'étaient même pas conformes à cet égard. Ainsi tandis qu'à Florence, les livres des marchands avaient la même force qu'un acte authentique et emportaient hypothèque (2), à Venise, ils devaient être confirmés par le serment (3). Les jurisconsultes commmerciaux, qui, en fondant le droit commercial sur les principes du droit romain, avaient continué l'œuvre des jurisconsultes civilistes, ne s'entendaient pas, non plus, sur ce point. Ainsi, tandis que les uns, comme le cardinal Tuschi, accordaient aux livres des commerçants la foi et l'autorité la plus entière (4), d'autres, comme Turri et

(1) *Undè denuò colligi posse videbatur mercatorum etiam negociationem publicam quodammodo causam continere ; adeoque non esse iniquum, ut, quemadmodum argentoriorum codicibus jure romano fides omninò habenda esset, ita mercatorum tabulis rite confectis semiplenæ saltem probationis vis tribueretur, scribentibusque, illas pro se allegantibus, copia fieret in supplementum jurandi.* Heineccius, *ubi sup.*, § 16.

(2) *Signanter Florentiæ statutum est, quia partitæ librorum exemplatæ commissione judicis, non solum habent vim publici instrumenti, sed etiam continent hypothecam bonorum debitorum.* Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 94.

(3) *Ut si inveniatur scriptum in libro alicujus, quod alteri tantum dedit, vel quod ab altero tantum recepit, tunc scilicet judices dabunt sacramentum.* Stat. vén. de sept. 1252, *præfat.* 2.

(4) *Scripturæ mercatorum etiam privatæ ex generali consuetudine reputantur quasi authenticæ et credibiles propter mercatorum præcipuam fidem.* Consult. 206.

Casaregis, semblent limiter cette foi et cette autorité aux livres des banquiers, qui remplissaient, dans les foires, un office analogue à celui des argentiers à Rome, et n'accordent aux livres des marchands ordinaires d'autre force que celle de prouver contre eux (1). Enfin les statuts locaux étaient également loin d'être d'accord sur le point de savoir si les livres des commerçants prouvaient indéfiniment, et quel que fût l'intérêt de la contestation, ou seulement jusqu'à une certaine somme (2).

Quoi qu'il en soit de ces divergences, le principe de la force probante des livres des marchands, à un degré quelconque, n'en fut pas moins pleinement admis en Italie, bien que ses partisans les plus déclarés reconnussent, d'ailleurs, que ce principe était fondé moins sur le droit commun que sur la coutume (3).

2485. C'est de l'Italie que le commerce partit au moyen âge pour se répandre dans le reste de l'Europe. Avec leurs marchandises, les Italiens voyageurs transportèrent leurs usages en Allemagne surtout et en France. Partout les usages relatifs à l'autorité des livres des commerçants furent admis en principe, mais avec des fortunes diverses ; et, sur le degré d'autorité qu'il convenait d'accorder aux livres, on ne

(1) *Dicendum est per bilantia extracta ex libris mercatorum, regulariter nullam resultare solutionem, nec probationem solutionis. Per ea verò quæ à bancheriis præsentantur in feriis oriri plenissimam probationem solutionis ejus totius debiti quod solvendum erat in ipsis feriis, non autem alibi quod solvendum venit.* Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 18. n. 13. Voy. aussi *ibid.*, quæst. 23, n. 65. — *Dovendo si riflettere come ne' Banchieri di pubblica fiera, si ritiene anch' oggi l' uso degli antichi pubblicò Banchieri, chiamati col nome d' argentarj e nummularj, agli di cui perciò libri si prestava e si presta anch' oggi un' intiera fede, como à libri di officiali pubblici.* Casaregis, *Disc.* 202, n. 35. — *Libri mercatorum plene contrà eos probant.* Turri, disp. 2, quæst. 17, n. 10; Casaregis, *Disc.* 220, n. 20. — Staccha, sans se prononcer sur la question, remplit une page entière des noms des auteurs qui l'ont examinée. *De mercat.*, part. II, n. 70.

(2) *Juxtà varia locorum statuta, vel principis indulta, libris mercatorum vel fides indefinita, vel usque ad certam summam adhibetur.* Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 94.

(3) *Libri mercatorum probant de consuetudine, non de jure communi.* Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 129.

fut pas plus d'accord dans les lieux où l'usage avait été transplanté, que dans les lieux qui l'avaient vu naître.

Ainsi, en Allemagne, tandis que Marquardus semblait accorder aux livres des marchands une autorité pleine et entière sans avoir besoin d'un supplément de preuve (1), Voët ne voulait y voir qu'une demi-preuve qui avait besoin d'être complétée par le serment (2); et d'autres docteurs en fort grand nombre, parmi lesquels se trouve Klein, qui en fait une longue énumération, ne leur reconnaissaient l'efficacité d'une preuve complète qu'autant que cette autorité résultait d'une disposition expresse du statut local (3).

2486. Ainsi, en France, la question fut de tout temps très-vivement agitée, même après que la loi eut parlé, à plus forte raison quand elle se taisait encore.

Dumoulin, qui a répandu sur tant de questions les clartés de son esprit si pénétrant et si net, n'a pas su avoir, sur celle qui nous occupe, une opinion uniforme, et il a successivement adopté les solutions les plus contraires, selon qu'il s'est laissé dominer par l'influence du droit romain, ou selon qu'il a su s'y soustraire.

Dans son commentaire sur la coutume de Paris (4), Dumoulin argumentant de la foi due au dénombrement ou aux papiers terriers, entre le seigneur et son vassal, ou les tiers, en conclut qu'on doit accorder foi pleine et entière au livre de raison qu'un marchand produit en sa faveur : *Facit etiam*, dit-il, *quod in simplici libro mercatoris, tempore negociationis suæ tantum recenter cœpto et confecto, fides adhibetur pro scribente quando in pluribus capitulis ibi descriptis verificatur et*

(1) *De jure merc.*, liv. III, ch. IX, n. 16.

(2) *Effecit mercaturæ utilitas ac favor, libros mercatorum semiplenam facere probationem ac jure jurando mercatoris, plenam fidem intervenire quoties mercator integræ famæ et existimationis est. Ad pand.*, liv. XXII tit. IV, n. 12.

(3) *Præter hanc plene probandi efficaciam quam libri mercatorum per hactenus dicta, ex speciali duntaxat locorum consequuntur statuto, isti usmodi statuto deficiente, regulariter mercatiles libri, ex generali fori mercatilis praxi, non nisi semiplene probant.* Klein, *De prob. quæ fit per lib. merc.*, p. 73, § 18.

(4) § 8, n. 20, tit. des *Fiefs*.

invenitur conformis veritati; et pour mieux justifier cette solution, il l'explique ainsi en se référant aux lois du Digeste, au titre *de Edendo : Quod autem dixi de simplici libro mercatoris, intellige de vero libro rationum, quem quis tenetur etiam contrà se edere sive agendo, sive defendendo in negotiis communibus, editionem petenti*.

Néanmoins, ailleurs (1), Dumoulin combat l'opinion des glossateurs qui, pour justifier la preuve plus ou moins complète qu'ils faisaient résulter des livres des marchands, s'étaient fondés sur les textes du Digeste, au titre *de edendo*, et en avaient conclu que les livres des marchands devaient avoir une autorité analogue à celle des livres des argentiers d'autrefois; et il n'a pas de peine à démontrer que la foi accordée aux livres des argentiers provenait de ce que ceux-ci remplissant à Rome un office public, ou tout au moins agissant sous la garantie de l'autorité publique, leurs livres avaient un caractère public qu'on ne saurait accorder à ceux des marchands, dont l'industrie purement privée ne peut se placer sous la protection des textes relatifs aux argentiers.

Cependant, comme dans la pratique on accordait une certaine foi aux livres des marchands, Dumoulin dit qu'il y a sur ce point trois questions à examiner : la première, de savoir si les livres font foi en faveur du marchand qui les a écrits; la seconde, s'ils font foi contre lui; la troisième s'ils font foi à l'égard des tiers.

Sur la première question, Dumoulin, contrairement à ce qu'il dit en commentant la coutume de Paris, conclut de la loi du 7 au Code *de Probationibus*, que j'ai déjà citée (2), qu'en principe, les livres des marchands ne font pas foi en faveur de celui qui les a écrits. Néanmoins, il admet à cette règle une exception notable: quand le livre est produit par un marchand dont la probité et la loyauté sont connues, *quem vocamus liberalem aut legalem*, il veut que du livre, qui ne fait ni preuve ni demi-preuve en sa faveur, résulte cependant une présomption qui autorise le juge à déférer au marchand le

(1) Sur le liv. IV, tit. I du Code.
(2) Voy. *sup.*, n. 2468.

serment supplétoire : *Quia rationes ejus quamvis non plenam probationem, nec omninò semiplenam inducant, tamen adferent aliquam præsumptionem, ex quâ possit ei deferri juramentum, ità ut per se rationes probent.* Il fonde cette décision sur la loi 6 au Code *de Probat.* : *Rationes defuncti quæ in bonis ejus inveniuntur ad probationem sibi debitæ quantitatis, solas sufficere non posse, sæpè rescriptum est.* D'où il conclut que, puisque la loi romaine ne veut pas que les livres fassent foi tous seuls de ce qu'ils contiennent, il s'ensuit, par un argument à sens contraire, que ces livres font foi quand ils sont soutenus par d'autres preuves, comme le serment.

Sur la seconde question, de savoir si le livre fait foi contre le marchand qui l'a écrit, Dumoulin décide l'affirmative, du moins en règle générale, et pourvu qu'il soit constant ou avoué que ce livre est celui dont se sert le marchand, parce qu'on ne doit pas croire qu'il a écrit sans motif un article qui le constitue débiteur, sur un livre qui présente le tableau de ce qu'il doit comme de ce qui lui est dû, *tabulas accepti et expensi.*

Sur la troisième question, de savoir si ce qui est écrit sur le livre d'un marchand peut faire foi d'une chose qui se serait passée entre tierces personnes, Dumoulin décide la négative, en se fondant sur ce que les marchands ne remplissant aucun office public analogue à celui des argentiers à Rome, leurs livres ne pouvaient avoir aucune autorité respectivement aux tiers.

Comme on le voit, Dumoulin, tout en approfondissant la question et en précisant, par ses distinctions, les différentes faces de la difficulté, n'avait pu réussir à se mettre d'accord avec lui-même.

Boiceau, qui vint plus tard, et qui commentait l'article 54 de l'ordonnance de Moulins de 1566 (1), semble d'abord admettre que les livres des marchands prouvent contre eux, et ne prouvent pas contre les tiers; quant au point de savoir s'ils prouvent en faveur du marchand qui les produit, il distin-

(1) Part. II, ch. VIII.

gue entre les cas où il s'agit du livre d'un marchand juré, faisant partie du corps des marchands, et le cas où il s'agit des livres d'un petit marchand qui ne fait pas partie d'une corporation. A l'égard des premiers il décidait, en suivant la doctrine des glossateurs italiens, que les livres par eux tenus faisaient en leur faveur une demi-preuve qui pouvait toujours être complétée, soit par la preuve testimoniale, soit autrement; mais à l'égard des seconds, il voulait que leurs livres n'obtinssent aucune foi, et par suite que ces marchands ne fussent reçus à en prouver la sincérité par témoins que dans le cas où la preuve par témoins était admissible, indépendamment de la circonstance de la représentation des livres, c'est-à-dire dans les contestations qui ne portaient pas sur une valeur de plus de 100 livres, conformément à l'article 54 de l'ordonnance de Moulins.

On pourrait multiplier les exemples de ces contradictions, ou plutôt de ces hésitations, qui démontrent que si tout le monde reconnaissait que les livres des marchands devaient avoir une autorité quelconque, personne n'était d'accord sur le degré d'autorité qu'il convenait de leur accorder ; ces hésitations continuèrent comme par le passé, après l'ordonnance de 1673, qui aurait cependant dû y mettre fin.

L'article 9 du titre III de cette ordonnance portait que : « La représentation ou communication des livres-journaux, registres ou inventaires, ne pourrait être requise ni ordonnée en justice, sinon pour succession, communauté et partage de société en cas de faillite; » et l'article 10 ajoutait que : « Au cas, néanmoins, qu'un négociant ou un marchand voulût se servir de ses livres-journaux et registres, ou que la partie offrît d'y ajouter foi, la représentation pourrait en être ordonnée pour en extraire ce qui concerne le différend. » De ces dispositions, combinées avec celles des articles 3 et 4 du même titre, Bornier (1) concluait que les livres des marchands faisaient foi contre eux, et que le serment pouvait leur être déféré pour supplément de preuve en leur faveur. Toubeau (2)

(1) Sur l'art. 3 de l'ordonn. de 1673.

(2) *Institut. du Droit consulaire*, t. II, p. 66.

allait jusqu'à dire qu'on devait les égaler aux écritures publiques et authentiques, ce qui était leur accorder une autorité complète pour et contre les marchands; tandis que Danty, distinguant entre le cas où le livre était opposé à un non-marchand, du cas où il était opposé de marchand à marchand faisant ensemble commerce de la même marchandise, soutenait, dans le premier cas, que, de l'ordonnance de 1673, pas plus que des termes du droit commun, on ne pouvait induire que les livres fissent aucune preuve ni commencement de preuve en faveur du marchand qui les avait tenus, du moins quand il s'agissait d'une somme excédant 100 livres (1); mais que, dans le second cas, les livres faisaient foi entre les marchands, si toutes les conditions requises par l'ordonnance de 1673 y étaient observées (2). Danty cite un arrêt du mois de décembre 1659, qui s'était prononcé dans ce dernier sens.

2487. C'est au milieu de cette incertitude de doctrines, qu'une législation précise n'avait pas su ramener à l'unité, que sont intervenus le Code civil et le Code de commerce pour substituer des règles précises aux opinions contradictoires et aux usages divers. Les dispositions combinées de ces deux Codes présentent, sur l'autorité des livres des commerçants, un système très-complet, dans l'exposé duquel il nous reste à entrer.

Ce système repose sur le principe admis de tout temps, formellement consacré par les lois nouvelles (3), mais qui est plus fondé aujourd'hui qu'il ne l'a jamais été, que les livres des commerçants doivent avoir plus d'autorité que les livres tenus par les particuliers. Il est évident, en effet, que lorsque la loi prescrit aux commerçants de tenir des livres, ce n'est pas pour que ces livres soient inutiles et ne puissent jamais faire foi, soit contre le commerçant qui les a tenus, soit en sa faveur. *Qui cum iis contrahunt*, disait Marquardus, *scire debent mercatores necessitate teneri hos libros conficere, nec alias probationes habere*

(1) *De la preuve par témoins*, p. 556, n. 43, et p. 559, n. 48.
(2) *Ibid.*, p. 565, n. 55.
(3) C. comm., art. 109.

quam per scripturam proprii codicis rationum : undè videntur qui negotiantur cum iis mandare ipsis ut data et accepta scribant. Ce raisonnement, qui n'était pas sans force du temps de Marquardus, quand l'obligation des marchands de tenir des livres était plutôt morale que légale, devient une raison déterminante, aujourd'hui que la tenue des livres est une obligation légale imposée à tout commerçant. Alors il devient vrai de dire que le marchand, quand il porte une opération sur ses livres, est, en quelque sorte, le mandataire de celui avec qui il a traité, et que le livre où l'opération a été mentionnée devient un titre commun aux deux parties. Voilà, si je ne me trompe, le fondement légal et rationnel de l'autorité qu'il convient d'accorder aux livres de commerce. Mais on comprend que la position respective des parties n'étant pas toujours égale, que le mandat n'étant pas toujours réciproque et pouvant, d'ailleurs, n'être pas fidèlement exécuté, l'autorité des livres ne peut pas être toujours la même. De là, des distinctions nécessaires que la doctrine et la législation anciennes n'avaient pas faites ou du moins n'avaient pas précisées, et que les lois nouvelles ont le mérite d'avoir déterminées clairement et formellement.

Il y a, en effet, une grande différence entre le cas où le fait que l'on prétend prouver à l'aide des livres s'est passé entre un commerçant et un non-commerçant, et le cas où il s'est passé entre deux commerçants. Dans le premier cas, le commerçant seul étant tenu d'avoir des livres se trouve en face d'un adversaire qui ne peut en produire de son côté pour contrôler ceux qui lui sont imposés. Il est juste, dès lors, que, si les livres du commerçant doivent faire preuve complète contre lui, parce qu'on doit supposer qu'il n'y a mentionné à son préjudice que ce qui devait réellement y être mentionné, ils ne fassent pas preuve complète en sa faveur et qu'on ne puisse y trouver qu'une présomption de nature à autoriser le serment supplétif.

Dans le second cas, c'est-à-dire si le fait qu'il s'agit de prouver s'est passé entre commerçants, alors la partie est égale ; les énonciations des livres respectifs se contrôlent l'une par l'autre, et c'est au juge d'en apprécier la portée pour y puiser,

selon les circonstances, soit une preuve complète, soit un commencement de preuve.

Ces distinctions, fort rationnelles, résultent d'abord des articles 1329 et 1330 du Code civil, portant le premier, que « les registres des marchands ne font point, contre les personnes non-marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment; » et le second, que « les livres des marchands font preuve contre eux. » — Elles résultent ensuite de l'article 12 du Code de commerce aux termes duquel « les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce... »

2488. Cependant, ce système a été vivement critiqué par MM. Delamarre et Lepoitvin, qui reprochent au Code de commerce d'avoir dérogé à l'article 1329 du Code civil, d'après lequel, selon eux, les livres des commerçants devaient faire foi entre les commerçants, et, en s'écartant de ce principe, d'avoir tout laissé dans le désordre et au hasard de l'arbitraire. Ils préfèrent de beaucoup, soit le Code espagnol, dont l'article 42, en refusant toute autorité aux livres qui ne sont pas rigoureusement conformes à tout ce qui est prescrit pour la régularité de leur tenue, accorde foi entière à ceux qui sont régulièrement tenus (1); soit le Code hollandais, duquel il semble résulter que, lorsqu'il n'existe ni présomption d'une opération alléguée, les livres seuls n'en font pas preuve; mais que, s'il y a, d'ailleurs, preuve ou présomption de l'opération, les livres régulièrement tenus et affirmés par serment, lorsque le juge l'ordonne, font foi, sauf la preuve contraire, du temps de l'opération et de la délivrance, de la qualité, de la quantité et du prix des marchandises (2). — « En empruntant au Code es-

(1) Voici le texte de cet article, d'après la traduction de M. Victor Foucher : « Les livres de commerce auxquels il manquerait l'une des formalités prescrites par l'art. 40, ou qui renfermeraient l'une des irrégularités mentionnées en l'article précédent, ne font pas foi en justice au profit du commerçant à qui ils appartiennent; et s'ils présentent des différences avec les livres régulièrement tenus par un autre commerçant, on s'en rapportera à ce qui résulte de ceux-ci. » (*Collection des lois des États modernes*, 6e livraison.)

(2) Voici les termes de l'art. 10 du Code de commerce hollandais : « Si

pagnol le mode qu'il prescrit pour la tenue des livres, et au Code hollandais ce qu'il statue sur le degré de foi à leur accorder, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, on pourrait, à notre avis, faire une loi fort sage, où le droit se concilierait parfaitement avec l'équité pour protéger la bonne foi et déjouer la fraude (1). »

Nos lois, comme toutes les œuvres humaines, donnent assez souvent prise à la critique, et on ne la leur épargne pas. Si pendant un temps il a été de mode de les louer toujours, il est de mode aujourd'hui de les critiquer souvent. Rien de mieux, assurément, quand cette critique est fondée : dans la science de la législation comme dans les autres sciences, c'est la critique qui pousse au progrès. Mais il faut que la critique soit juste. Or, j'ose croire que le système qui résulte de la combinaison du Code civil et du Code de commerce français est fort sage et infiniment supérieur à ceux des Codes espagnol et hollandais qu'on nous propose pour modèles.

Remarquons d'abord que le Code de commerce, en disposant, par son article 12, que les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce, ne déroge en rien à l'article 1329 du Code civil. Cet article 1329, en disant que les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, ne dit point, comme le supposent MM. Delamarre et Lepoitvin, qu'ils font preuve complète entre commerçants. De ce qu'ils ne font point preuve contre les non-marchands, il n'y a pas lieu d'en conclure qu'ils fassent nécessairement preuve entre commerçants. Le Code civil,

l'opération n'est pas entièrement niée, ou bien si son existence est suffisamment constatée, les livres de commerce régulièrement tenus, affirmés au besoin par le serment ou confirmés par la mort, font foi entre commerçants dans leurs affaires commerciales, du temps de l'opération et de la délivrance, de la qualité, de la quantité et du prix des marchandises, sauf la preuve contraire; les registres de copie de lettres, régulièrement tenus, peuvent également être admis comme preuve par le juge. » *Ibid.*, 7[e] livraison.

(1) *Du contrat de commission*, t. I, n. 269 et suiv.

en ne s'expliquant que sur un point, laissait donc au Code de commerce le soin de s'expliquer sur l'autre, et c'est ce qu'a fait l'article 12. Cet article a-t-il, comme on le lui reproche, tout remis à l'arbitraire et au hasard? C'est ce qui reste à examiner.

Et d'abord, aussi bien que le Code de commerce espagnol, il n'accorde pas foi aux livres irrégulièrement tenus, lorsque cette irrégularité est de quelque conséquence. Quant aux livres régulièrement tenus, il veut qu'ils puissent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants et pour faits de commerce. Cette faculté d'appréciation accordée aux juges n'est ni du hasard ni de l'arbitraire : c'est une disposition pleine de sagesse, et assurément préférable à celle du Code espagnol, qui accorde une foi nécessaire aux livres régulièrement tenus, produits en opposition à des livres irréguliers; et à celle du Code hollandais, qui rejette les livres parmi les moyens de preuves subsidiaires, et ne leur reconnaît d'autorité que lorsqu'il s'agit de prouver les clauses accessoires d'une convention déjà établie par d'autres moyens. Qui ne voit, en effet, que si en matière de preuve une certaine latitude doit être laissée aux juges, c'est surtout quand il s'agit de la preuve résultant des livres dont la régularité n'exclut pas toujours la fausseté ou l'inexactitude, et que c'est un mauvais moyen de prévenir les inconvénients de ce mode de preuve, dont les magistrats éclairés et intelligents savent tirer un si grand parti, que d'en interdire l'usage toutes les fois qu'il s'agit de la preuve d'une convention principale, ou de l'opération qui l'a produite? Sachons donc reconnaître ce qui est bien chez nous, et ne nous dépréçions pas pour louer les autres.

2489. Maintenant que nous connaissons le système général de nos lois modernes sur la preuve résultant des livres de commerce, nous allons entrer dans les détails nécessaires à leur complète intelligence. Commençons par les règles relatives à la preuve résultant des livres de commerce à l'égard des non-commerçants.

Comme nous l'avons vu, il suit des articles 1329 et 1330 du Code civil que, dans une contestation entre un marchand et

un particulier non marchand, les livres du marchand prouvent contre lui, mais ne prouvent pas en sa faveur.

2490. Cependant cette règle générale peut être modifiée par plusieurs exceptions qui sont prévues par les articles 1329 et 1330 eux-mêmes.

Ainsi l'article 1329, après avoir dit que les livres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, ajoute : « sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. » Il suit de cette disposition, que lorsqu'un marchand base sa demande contre un non-marchand, sur ses livres qui ne font point preuve contre ce dernier, les juges peuvent déférer au marchand le serment supplétif, et faire dépendre leur décision de ce serment. En effet, comme le fait très-bien remarquer M. Bonnier (1), cette réserve de serment, faite par l'article de 1329, ne peut s'entendre du serment décisoire, qui est de droit (2), et que le marchand peut toujours déférer à son adversaire : elle doit donc s'entendre du serment supplétif, c'est-à-dire de celui que le juge peut déférer d'office à l'une des parties pour en faire dépendre la décision de la cause (3). Et, comme le serment ne peut être déféré qu'autant que la demande, sans être pleinement justifiée, n'est cependant pas totalement dénuée de preuve, il faut en conclure qu'en certains cas, et selon les circonstances dont les tribunaux sont juges, les livres des commerçants peuvent faire en leur faveur un commencement de preuve contre les non-commerçants. Si donc les livres du marchand sont en règle, si sa bonne foi ne peut être suspectée, si la personne non marchande contre laquelle il réclame a l'habitude de se fournir chez lui, et si la demande n'a rien d'exagéré ou d'invraisemblable, ces livres peuvent établir en faveur du marchand une sorte de présomption que la fourniture a été faite et non payée, et cette présomption forme un commencement de preuve qui peut être complété par le serment du marchand (4).

(1) *Des preuves*, n. 634.
(2) C. civ., 1358. Voy. *inf.*, sect. V.
(3) C. civ., 1366. Voy. *inf.*, *ibid. Ibid.*
(4) Pothier, *Des oblig.*, n. 721 ; Pardessus, n. 1257 ; Toullier, t. VIII,

2491. Mais je ne crois pas qu'on puisse conclure de l'admissibilité du serment supplétif à l'admissibilité de la preuve testimoniale comme complément du commencement de preuve qu'on prétendrait trouver dans les livres. L'article 1329, formel en ce qui touche le serment, est muet en ce qui touche la preuve testimoniale. Elle ne pourrait donc être admise, ainsi que nous le verrons plus tard, que s'il y avait un commencement de preuve par écrit. Or, un commencement de preuve par écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose (1), et les livres d'un commerçant n'émanant pas du non-commerçant contre lequel la demande est formée ne peuvent dès lors autoriser la preuve testimoniale des prétentions du marchand (2).

Toutefois, si le livre était admis comme élément de compte par celui à qui il est opposé, on pourrait le considérer comme émanant de la partie qui se le serait ainsi approprié, et il deviendrait alors susceptible de servir de commencement de preuve par écrit (3).

2492. Une autre exception à la règle que les livres d'un marchand ne font pas preuve en sa faveur quand ils sont opposés à un non-commerçant, tandis qu'ils font preuve en faveur de ce dernier, résulte de l'article 1330 du Code civil suivant lequel le non-commerçant, qui veut tirer avantage des livres d'un commerçant, ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. On considère alors les livres du marchand comme une sorte d'aveu qui ne peut être divisé contre lui, et qui doit lui profiter pour ce qu'il contient de favorable, en même temps qu'il doit lui préjudicier pour ce qu'il contient de contraire. *Petens exhiberi libros tenetur eis stare*, disait très-bien la Rote de Gênes (4). Toutefois, il est bien évident que cette indivisibilité n'a lieu que relativement à

n. 368; Duranton, t. XIII, n. 196. Voy. en sens contraire, M. Alauzet, t. I, n. 66.

(1) Voy. *inf.*, sect. II.

(2) M. Bonnier, n. 634; M. Bravard, *Man. du dr. com.*, p. 31; M. Alauzet, t. I, n. 68; Cass., 30 avril 1838, S., 38, 1, 437. — *Contrà*, Toullier, t. VIII, n. 369; M. Bédarride, n. 254 et suiv.

(3) Cass., 8 août 1860, S., 61, 1, 535.

(4) *Décis.* 49, n. 2.

des articles ou à des énonciations connexes, et qui ont rapport à la même affaire, ou, pour nous servir des termes mêmes de l'article 1330, qui sont relatifs à la prétention de celui qui invoque les livres. C'est en ce sens que la plus ancienne doctrine a toujours entendu l'indivisibilité des livres des commerçants. *Sæpius disputari contingit*, dit Ansaldus (1), *an libri eorumque partitæ possint pro unâ parte acceptari, et pro alterâ respui, et regula est negativa... Quod tamen intelligitur, ubi partitæ sunt connexæ, hoc est quod contineant unam eamdemque causam, unaque veniat ad qualificationem vel peremptionem alterius.*

Ce n'est pas d'ailleurs contrevenir au principe d'indivisibilité de la preuve résultant des livres, que d'opposer à celui qui produit des livres irréguliers certaines énonciations de ses livres contraires à ses prétentions (2).

2493. De ce que les livres des marchands font preuve contre eux en faveur des non-commerçants, doit-on en conclure que cette preuve est tellement parfaite qu'elle n'admette aucune preuve contraire? La question a été jadis assez controversée entre les docteurs. Klein, dans sa monographie déjà citée, *De probatione quæ fit per libros mercatorum* (3), après avoir fait l'énumération des autorités qui s'étaient prononcées en sens divers, se décide en faveur de l'admissibilité de la preuve contraire aux livres, par ce motif que les actes publics et la preuve par témoins, qui font preuve complète, n'excluant pas la preuve contraire, les livres ne doivent pas l'exclure davantage : *Idque ex hâc solidâ ratione quod nec instrumentum publicum, quod tamen plenè probat, nec testes idonei qui pariter judici plenam faciunt fidem, probationem in contrarium excludant.* Mais je ne crois pas cette assimilation exacte ; si les livres des commerçants font preuve contre eux vis-à-vis des non-commerçants, c'est parce que la loi leur reconnaît dans ce cas la force et les effets d'un aveu : or, il n'y a pas de preuve possible contre un aveu. Celui qui l'a fait peut sans doute en discuter la portée, soutenir qu'il est le résultat de l'erreur, du dol ou de la vio-

(1) *Disc. gen.*, n. 150.
(2) Cass., 7 nov. 1860, S., 61, 1, 708.
(3) P. 73, § 17.

lence (1) ; mais il ne peut être admis à prétendre, en dehors de ces circonstances exceptionnelles, que son aveu n'est pas conforme à la vérité, parce que nul n'est recevable à s'accuser de mensonge.

2494. Du reste, si les livres des marchands font preuve contre eux en faveur des non-marchands, cela doit s'entendre seulement des choses relatives au commerce du marchand qui les a tenus et qui les produit. C'est ce qui résulte nettement de l'article 1329 du Code civil qui, en déterminant l'effet des livres des marchands vis-à-vis des non-marchands, ne parle que de la preuve des fournitures portées sur les livres (2), ce qui n'empêche pas d'ailleurs que ces livres ne puissent être pris en considération par le juge à l'occasion de contestations sur des contrats qui n'ont rien de commercial (3).

2495. J'arrive maintenant à la preuve faite par les livres de commerce entre marchands. Nous avons vu qu'aux termes de l'article 12 du Code, les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve, entre commerçants, pour faits de commerce.

Une première remarque à faire, c'est que les livres des commerçants n'ont une autorité particulière que relativement aux faits de commerce : *Statutum concedens fidem libris mercatorum intelligitur duntaxat circà spectantia ad mercaturam* (4). Dans les matières purement civiles, les livres n'ont d'autorité que comme simples présomptions, et dans les cas seulement où les présomptions sont admissibles (5). Je dis dans les matières purement civiles, parce qu'il n'est pas nécessaire qu'une opération faite entre commerçants soit commerciale de part et d'autre, pour qu'elle puisse être prouvée par les livres des parties. Ainsi, bien qu'une vente de vins, faite par un mar-

(1) C. civ., 1356.

(2) Voy. le n. suivant.

(3) Toullier, t. VIII, n. 381 et 382 ; Cass., 25 niv. an X, S., 1, 1, 578.

(4) Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 105 et 106 ; Klein, *De prob., per lib.*, p., 37, § 13. — *Libri apothecæ probant solum in eis quæ pertinent ad apothecam et mercaturam, non verò dotem*. Casaregis, *Disc.* 104, n. 59.

(5) Voy. le n. qui précède, et *inf.*, sect. III.

chand de vins à un manufacturier, ne constitue pas de la part de ce dernier une opération commerciale, elle peut être prouvée par les livres des parties, parce que les deux contractants étant commercants, ont dû la constater respectivement sur leurs livres (1).

2496. Peu importe, au surplus, que les deux commerçants, ou l'un d'eux, aient cessé de faire le commerce au moment de la contestation, alors qu'il s'agit de faits de commerce qui se rapportent au temps où ceux qui y ont pris part étaient encore dans les affaires. *Libri mercatorum probant, licet de eis disputatur quando scribens non est amplius mercator* (2). Bartole avait, il est vrai, soutenu le contraire (3). Mais son sentiment n'avait prévalu, ni parmi les docteurs italiens, ainsi que le prouve le passage d'Ansaldus que je viens de citer, ni parmi les Allemands. Klein dans sa monographie *De probatione quæ fit per libros mercatorum* est formel à cet égard : *Non dubito mercatorem antea negotiari solitum in præsenti vero à mercaturâ cessantem, nihilhominus mercatorem esse dicendum, adeoque libros ipsius probare, aliisque privilegiis mercatoribus concessis plenissimè uti posse. Quòd quoad inscripta tempore quò negotiis operam navabat simpliciter procedit* (4).

2497. Klein ajoute : *Aut quò clarè constabat animum mercaturam iterum exercendi ipsum retinuisse licet de præsenti non exerceat ;* de telle sorte qu'il admet l'autorité des livres remontant à une époque où celui qui les a tenus n'était plus commerçant, mais avait conservé l'intention de le redevenir. Cette opinion ne me paraît pas absolument vraie. Je ne crois pas que celui qui a notoirement cessé de faire le commerce, qui est sorti des affaires tout en conservant une sorte d'esprit de retour, et qui, plus tard, y est rentré, puisse invoquer, relativement aux faits qui se sont passés dans le temps intermédiaire, les règles particulières aux livres des commerçants, alors même qu'il s'agirait de faits commerciaux. L'article 12

(1) M. Bonnier, *Des preuves*, n. 629.
(2) Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 25.
(3) Sur la loi 3, ff. *De jure immun.*
(4) P. 14, n. 17.

s'applique exclusivement aux livres de commerce et aux contestations qui ont lieu entre commerçants, et pour faits de commerce. Il faut donc, de toute nécessité, non-seulement qu'il s'agisse d'un fait commercial, mais encore qu'il s'agisse de faits qui se sont passés entre gens qui étaient commerçants au moment où ces faits se sont accomplis. Cependant, on comprend qu'en fait il soit assez difficile de refuser la qualité de commerçant à celui qui, ayant cessé le commerce et y étant rentré plus tard, a fait dans l'intervalle des faits de commerce. Dans ce cas, l'époque de la rentrée de l'ancien commerçant dans les affaires peut très-raisonnablement être reportée par les juges au temps des faits intermédiaires, et de cette façon l'opinion de Klein, quoique non fondée en droit, peut se trouver parfaitement fondée en fait.

2498. Remarquons de plus que, dans tous les cas où les artisans peuvent être considérés comme commerçants (1), leurs livres ont la même force que les livres des commerçants. Il n'y a aucun doute à cet égard (2).

2499. Suivant M. Toullier, la confiance que la loi accorde aux livres de commerce dans les contestations de commerçant à commerçant, est beaucoup plus grande que dans les contestations de commerçant à particulier. Cela n'est pas complétement exact. Car si dans les contestations de commerçant à particulier, les livres du commerçant prouvent nécessairement contre lui, et ne prouvent pas en sa faveur, tandis que, dans les contestations entre commerçants, ils prouvent également

(1) Voy. *sup.*, t. I, n. 19 et suiv.

(2) Klein, p. 171, § 20. — Suivant les anciens statuts de certaines villes d'Italie, les livres des artisans avaient une force probante que les mêmes statuts n'accordaient pas nommément à ceux des commerçants proprement dits. D'où était née la question de savoir : *An statutum concedens fidem libris artificium, procedat etiam in libris mercatorum magis insignium?* C'était, comme on voit, l'inverse de notre question. Ansaldus décide la négative, *Disc. gen.*, n. 117, par ce motif que la règle spéciale aux artisans ne saurait affecter les commerçants en général, qui restent sous l'empire des règles du droit commun. Chez nous, au contraire, il y a une règle générale pour tous les commerçants, qui embrasse, par conséquent, dans son application, toutes les branches particulières d'industrie qui se rattachent au commerce et toutes les classes de commerçants.

pour ou contre l'une et l'autre partie, dans cette dernière hypothèse, ils ne prouvent jamais nécessairement, de telle sorte que si entre commerçants les livres ont plus d'autorité, en ce sens que cette autorité peut être également invoquée par les deux parties, ils en ont moins en ce sens que cette autorité a moins de force que dans les contestations entre un commerçant et un particulier.

Il suit de là que c'est le juge qui est appelé à mesurer leur autorité suivant les circonstances, la nature de l'affaire, la réputation des parties et la comparaison de leurs livres respectifs, de telle sorte que les livres peuvent faire preuve complète, commencement de preuve, servir de présomptions, ou être complétement rejetés comme non probants, selon l'appréciation que la conscience du juge doit en faire en toute liberté (1).

2500. Néanmoins, il y a des règles d'équité et de bon sens qui doivent tout naturellement servir de guides, et dont on ne peut s'écarter sans motifs particuliers.

Ainsi, quand il y a accord entre les livres produits de part et d'autre par deux commerçants, dont l'un nie une opération affirmée par l'autre, il est bien évident qu'il faut s'en rapporter aux livres, à moins de circonstances extraordinaires qui viennent détruire l'effet de ce concert.

Si, au contraire, il y a désaccord entre les livres respectivement produits, il est clair que le juge doit chercher dans les circonstances concomitantes la raison de se décider dans un sens ou dans l'autre.

On doit en dire autant du cas où une seule des parties, soit le demandeur, soit le défendeur, représente des livres à l'appui de sa prétention. La partie qui ne veut ou qui ne peut produire de livres, se place sans doute dans une position défavorable vis-à-vis de son adversaire qui produit les siens : mais ce n'est pas une raison pour accorder une foi nécessaire aux livres produits, et dans ce cas encore le juge conserve le pouvoir discrétionnaire d'appréciation que la loi lui confère d'une ma-

(1) Cass., 30 mars 1869, D., 69, 1, 239.

nière générale et sans distinction (1). Cela est si vrai que, même dans le cas où la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut, aux termes de l'article 17 du Code de commerce, déférer le serment à l'autre partie, ressource supplémentaire à laquelle il serait bien inutile de recourir si les livres de la partie qui offre d'ajouter foi à ceux de son adversaire devaient suffire pour faire décider la contestation en sa faveur (2).

2501. On s'est demandé si les juges avaient, dans l'appréciation des livres des agents de change et courtiers, le même pouvoir discrétionnaire qu'à l'égard des livres des commerçants. Si la question devait se résoudre d'après les anciennes règles admises en cette matière, nul doute que leurs livres ne dussent faire, entre eux et leurs commettants, une preuve complète et nécessaire des opérations qui y sont constatées. C'est à l'office public, dont les agents de change et les courtiers sont revêtus que leurs livres devaient ce privilége. Raphaël de Turri atteste à cet égard l'opinion des jurisconsultes de son temps : *Cui*, dit-il en parlant du courtier de change, *tanta ex muneri fides adhibetur a juriconsultis, ut cujuscumque ex eis dictum juramento vallatum, notulâque in liberculis quibusdam per ipsos compositis, plenam inducant probationem, circa celebrationem cambiorum eorumque pretia et pacta conventa, contra quoscumque recusantes mercatores* (3); et l'ancien droit français, en accordant aux agents de change et aux courtiers foi et serment en justice (4), avait, par cela même, accordé l'authenticité aux énonciations portées sur leurs livres. Mais les lois nouvelles qui ont rétabli les agents de change et les courtiers en titre d'office public, n'ont pas reproduit les anciennes dispositions sur lesquelles on pouvait raisonnablement se fonder pour accorder à leurs écrits ou à leurs paroles une sorte d'authenticité plus ou moins

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 184; M. Bonnier, n. 630; M. Alauzet, t. I, n. 77. — *Contrà*, Toullier, t. VIII, n. 383.

(2) *Exhibitio librorum non conceditur ad fundendam intentionem actoris, sed solùm ad eam coadjuvandam.* Ansaldus, *Disc.* 72, n. 14 et suiv. ; *Disc.* 73, n. 3 et 12.

(3) *De camb.*, disp. 1, quæst. 2, n. 9.

(4) Arrêt du Conseil du 24 sept. 1724.

complète. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 9 du Code de commerce, leurs bordereaux ne font foi, comme nous l'avons déjà vu (1), que lorsqu'ils sont signés par les parties ; et que l'article 84 du même Code, en leur prescrivant d'avoir un livre revêtu des formes prescrites par l'article 11, sur lequel ils sont tenus de consigner jour par jour et par ordre de dates, sans ratures, interlignes ni transpositions, et sans abréviations, ni chiffres, toutes les conditions des ventes, achats, assurances, négociations, et en général de toutes les opérations faites par leur ministère, laisse d'ailleurs ce livre, en ce qui touche sa force probante, sous l'empire du principe général établi par l'article 12 du Code de commerce.

2502. Toutefois, les agents de change et les courtiers ont un livre de plus que les commerçants ordinaires, auquel il est permis aux juges d'ajouter foi, et que, même, les juges doivent, en certains cas, prendre en très-sérieuse considération : c'est le carnet. Le carnet ou agenda, dont la tenue ne présente dans les circonstances ordinaires aucune certitude de régularité, n'a jamais été admis au nombre des livres probants (2) : *Nullam probationem facit alter liber qui dicitur manualis, videlicet inscriptus memoriæ causâ quive etiam juxtâ varias consuetudines et regiones denominatur* vachetta *seu* straccia-foglio, *non obstante etiam, quod vigore statuti aut consuetudinis præcipiatur fidem libris adhiberi* (3). Mais le mode d'agir des agents de change et des courtiers, lorsqu'ils contractent ensemble et servent d'intermédiaires à leurs clients respectifs, a donné à leurs carnets une autorité toute exceptionnelle. Aux termes de l'article 12 de l'arrêté du 27 prairial an X, lorsque deux agents de change ou deux courtiers ont consommé une opération, chacun doit l'inscrire sur son carnet et le montrer à l'autre. L'énonciation du carnet ainsi contrôlée acquiert nécessairement une certitude, et par conséquent une autorité que ne saurait avoir le carnet ou l'agenda sur lequel un commerçant note brièvement les faits,

(1) Voy. *sup.*, n. 2440.
(2) Voy. *sup.*, n. 2480.
(3) Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 155. — Voy. aussi, Rote de Gênes, *décis.* 1, n. 19 et suiv.

plus ou moins accomplis, dont il veut garder le souvenir. Aussi l'article 11 du même arrêté oblige-t-il les agents de change et les courtiers à représenter leurs livres et leur carnet aux juges et aux arbitres quand ils en sont requis : ce qui indique clairement que la loi a entendu accorder une force probante au carnet comme aux livres.

Quand les livres et le carnet ne sont pas d'accord, c'est aux juges à apprécier, d'après les circonstances, lequel des deux mérite le plus de foi. Cependant, toutes choses égales d'ailleurs, il semble que le carnet étant écrit à l'instant même de l'opération, et sous le contrôle des deux intermédiaires, devrait être préféré (1).

Il est du reste à remarquer que, s'il s'agissait d'opérations illicites, telles que jeux de bourse ou paris sur la hausse et la baisse des effets publics, l'agent de change ne pourrait se prévaloir de ses livres pour justifier ses allégations en cette matière (2).

2503. Le pouvoir discrétionnaire que la loi a sagement conféré aux juges quand il s'agit de déterminer la force probante des livres de commerce, résout une question que les anciens docteurs ont longtemps agitée, et qui consiste à savoir si on peut ajouter foi aux livres d'un commerçant failli (3). Nul doute que les juges, avant d'accorder créance aux livres d'un failli, ne doivent les examiner avec une sage défiance et une attention scrupuleuse; mais nul doute aussi que les livres qui résistent à cet examen, et dont la régularité est constante, ne puissent prouver comme les livres des commerçants qui jouissent de la plénitude de leurs droits (4).

2504. De ce que les livres de commerce peuvent faire preuve entre commerçants et pour faits de commerce, il résulte d'abord que le demandeur et le défendeur peuvent produire leurs livres à l'appui de leur demande ou de leur défense. Il en ré-

(1) Mollot, *Des agents de change et courtiers*, n. 163.

(2) Paris, 14 mai 1853, S., 53, 2, 256.

(3) Klein, p. 33, § 9 et suiv.; Rote de Gênes, *décis.* 2, n. 32; Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 131 et suiv.

(4) *Liber mercatoris decocti non probat, nisi pro ejus legalitate urgentia concurrant adminicula.* Ansaldus, *ibid.*

sulte aussi de plus, que le demandeur et le défendeur qui peuvent trouver dans les livres de leur adversaire les moyens de justifier ou de repousser l'action, peuvent demander la production de ces livres (1), sauf aux juges à l'ordonner ou à la refuser, et que cette production peut même être ordonnée d'office par le juge (2). Cette conséquence n'est pas aussi contraire qu'elle le paraît au premier abord à la règle que personne n'est tenu de produire contre soi, et de fournir des armes pour se faire battre; car, ainsi que nous l'avons déjà vu (3), l'obligation imposée aux commerçants de mentionner toutes leurs opérations sur leurs livres a pour but non-seulement l'intérêt particulier de chacune des parties, mais encore leur intérêt commun, de manière que les livres de l'une sont en quelque sorte les titres de l'autre.

Néanmoins, l'ancien droit commercial italien, qui a tant contribué à faire passer dans la pratique le principe de l'autorité et de la force probante des livres des commerçants, opposait une certaine résistance à l'introduction de la règle qui permet aux parties de demander la production des livres de leur adversaire. Ainsi, tandis que la plupart des tribunaux d'Italie, guidés par l'équité, *innixa æquitati canonicæ*, obligeaient le demandeur et le défendeur à produire leurs livres sur la demande de leur partie adverse, les docteurs soutenaient que cette jurisprudence était contraire aux principes du droit, *juri stricto;* et ils voulaient que la rigueur de ces principes ne pût fléchir en faveur de l'équité que lorsqu'il y avait une juste cause reconnue par le juge *ubi justa causa concurrat arbitrio judicis;* et cette juste cause ne pouvait résulter, selon eux, que du concours de ces trois circonstances : quand il y avait certitude de l'existence des livres au moment du procès; quand la partie qui demandait la production des livres y avait un intérêt manifeste; enfin, quand le fait allégué ne pouvait être prouvé autrement que par les

(1) *Exbihitio librorum conceditur tam reo quam actori.* Ansaldus, *Disc* 72, n. 18.

(2) C. com., art. 15.

(3) Voy. *sup.*, n. 2487.

livres dont la production était demandée : *Tria exiguntur notoria requisita : primò nempè, quod edoceatur de existentiâ tempore litis vel posteà, secundò de interresse petentis, et tertiò de casu subsidii, quod scilicet aliundè veritas haberi non valeat* (1).

Mais il est bien clair qu'en supposant que ces trois circonstances dussent être prises en considération par le juge, au temps d'Ansaldus et de Casaregis, leur absence ne pourrait être aujourd'hui un motif péremptoire de refuser à une partie la production des livres de son adversaire. Tout commerçant étant tenu d'avoir des livres, est présumé s'être conformé à la loi ; le juge n'est donc pas obligé, avant d'ordonner la production des livres, de s'enquérir et de vérifier s'il en existe réellement. Il n'en serait autrement que si les livres dont la production est demandée remontaient à plus de dix ans, parce qu'aux termes de l'article 11 du Code de commerce, les commerçants ne sont tenus de conserver leurs livres que pendant dix ans.

Quant à l'intérêt de la partie, il est évident que cet intérêt existe toujours d'une manière suffisante, lorsque la contestation porte sur une opération qui peut être prouvée par les livres ; et quant à la question de savoir si la preuve pourrait être faite autrement que par les livres, il est également évident qu'elle ne peut exercer aucune influence déterminante sur le point de savoir si les livres seront produits, puisque c'est souvent de la comparaison des divers éléments de preuve que ressort la vérité dont la recherche est le but que se propose le juge.

En définitive, le pouvoir discrétionnaire qui appartient aux tribunaux, lorsqu'il s'agit d'apprécier les livres produits, leur appartient également quand il s'agit d'en ordonner la production (2); et si aucune règle particulière ne les gêne lorsqu'il leur convient de l'ordonner, aucune non plus ne les gêne, lorsqu'il leur convient de la refuser.

2505. Je pense même que la production des livres peut

(1) Casaregis, *Disc.* 102, n. 1 et suiv. ; Ansaldus, *Disc.* 72, n. 20 et suiv.

(2) C. com., art. 14, et 15. V. Cass., 10 déc. 1862. S., 63, 1, 126 et 26 déc. 1866, D., 67, 1, 303.

être demandée ou ordonnée par le juge, lorsque le défendeur est un non-commerçant, en faveur duquel prouvent les livres du commerçant demandeur, et qui a, dès lors, qualité pour demander et obtenir une production qui peut l'aider à repousser les prétentions de son adversaire (1).

2506. Mais il faut bien remarquer que la production des livres ne doit pas être faite de manière à compromettre les intérêts de celui à qui ils appartiennent et de manière à divulguer, à l'occasion d'une contestation particulière, l'ensemble de ses affaires. *Libri mercatorum* dit Casaregis, *non sunt perscrutandi ne videantur eorum secreta* (2). Aussi, aux termes de l'article 14 du Code de commerce, la communication des livres ne peut-elle être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, de communauté, de partage ou de société, qui, affectant toute une gestion d'affaires, exigent nécessairement que toutes les affaires du commerçant soient connues. Dans tous les autres cas, les juges, suivant l'article 15, ne peuvent qu'ordonner la représentation des livres à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend. C'est la reproduction des anciennes règles : *Mercator tenetur tantum exhibere libros in eâ parte aut pagellâ ubi adest controversia* (3). Mais il ne faut pas conclure de là que, lorsque dans un livre il y a plusieurs articles connexes qui ne peuvent pas être extraits séparément les uns des autres, et dont les uns seulement concernent le différend, on doive se refuser à toute représentation dans la crainte de divulguer des choses étrangères au procès. La jurisprudence de la Rote de Gêne était formelle à cet égard : *Exhibitio in parte non procedit in libro continenti debita et credita connexa* (4)... *Scriptura continens capitula separata potest exhiberi pro parte, secus non continens* (5).

Du reste, c'est le livre lui-même qui doit être représenté pour que l'extrait en soit fait par le juge ou sous ses yeux, de la manière qui lui paraîtra la plus convenable (6).

(1) Toullier, t. VIII, n. 371.
(2) *Disc.* 72, n. 10.
(3) Casaregis, *Disc.* 30, n. 79.
(4) *Decis*, 72, n. 5.
(5) *Ibid.* 11, n. 5 et 6.
(6) Klein, p. 78, n. 25.

Selon d'anciennes décisions l'extrait ne pourrait être régulièrement fait qu'en présence de la partie ou, du moins, la partie dûment appelée : *Partitæ librorum non probant nisi sint extractæ parte citatâ* (1). Casaregis admettait, cependant, que, pour des raisons graves, les livres pouvaient être produits au juge seul, en secret, et hors la présence de l'adversaire du produisant. *Mercator, propter urgentem causam, potest recusare exibitionem librorum in actis et eos tantum exhibere judici in occulto* (2). Nous croyons qu'il en est encore ainsi aujourd'hui, et que le juge peut sans l'assistance des parties extraire du livre ce qui concerne le différend (3).

2507. Au surplus, quand les livres, dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, sont dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire (4).

2508. Aux termes de l'article 17 du Code de commerce, si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie. Dans ce cas, en effet, le refus de représenter les livres établit contre le refusant la présomption que ses livres lui sont contraires : *Recusans exhibere libros, habet contra se præsumptionem mali juris* (5); et cette présomption suffit pour que le juge soit autorisé à déférer le serment supplétoire à la partie qui demande la production des livres.

Mais, si la partie qui demande la production des livres n'offrait pas d'y ajouter foi, le refus de les produire ne suffirait pas pour autoriser les juges à lui déférer le serment : Il faudrait qu'à ce refus se joignissent d'autres circonstances de na-

(1) Ansaldus, *Disc.* 71, n. 48 et suiv. ; Casaregis, *Disc.* 202, n. 35.

(2) *Disc.* 30, n. 80.

(3) Vincens, t. I, p. 274 ; Pardessus, n. 1374 ; M. Alauzet, t. I, n. 76. — J'avais émis dans la première édition de ce livre une opinion contraire.

(4) C. com., art, 16.

(5) Ansaldus, *Disc.* 38, n. 13.

ture à être considérées comme des commencements de preuve.

2509. De même aussi, dans le cas où la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi se trouve dans l'impossibilité de les représenter, soit parce qu'elle n'en a pas tenu, soit parce qu'elle les a perdus, aucune induction défavorable ne peut être tirée de ce défaut de production. Cependant, comme on doit toujours présumer qu'un commerçant s'est conformé à la loi qui l'oblige à tenir des livres et que, d'un autre côté, on ne doit pas présumer la perte de livres dont la conservation a une grande importance (1), c'est à la partie qui prétend n'avoir pas tenu de livres, ou les avoir perdus, de prouver son allégation. Du temps d'Ansaldus, où aucune loi expresse ne faisait une obligation rigoureuse de la tenue des livres de commerce, on pouvait dire que c'était au demandeur à prouver l'existence des livres du défendeur, et que, lorsque cette preuve n'était pas faite, le serment du défendeur suffisait pour prouver son dire : *Non probata per actorem existentia librorum, sufficit reo jurare non habere, nec dolo desiisse habere* (2). Mais, aujourd'hui d'autres principes conduisent à d'autres conséquences ; et Casaregis lui-même, modifiant l'opinion d'Ansaldus, n'accordait quelque confiance au serment de celui qui alléguait la perte des livres qu'il était tenu de produire, que lorsque les circonstances concouraient pour rendre cette perte probable, *concurrentibus conjecturis* (3).

2510. Du reste, les règles qui précèdent sur la nécessité de produire des livres, et les conséquences de leur non-production s'appliquent, non-seulement aux livres dont les articles 9 et suivants du Code de commerce font mention, et qui sont les livres réputés indispensables à tous les commerçants, c'est-à-dire au livre-journal, au livre de la correspondance et aux livres des inventaires, mais encore aux livres tenus par les commerçants pour plus de commodité et pour le bon ordre de

(1) *Deperditio librorum magni momenti difficilius præsumitur.* Casaregis, *Disc.* 102, n. 25.

(2) Ansaldus, *Disc.* 73, n. 5 et suiv.

(3) *Disc.* 150, n. 5.

leurs affaires, connus sous le nom de livres auxiliaires (1). La communication et la représentation peuvent en être faites, demandées ou ordonnées, parce que les juges peuvent y trouver des éléments de décision et un moyen de contrôle des livres indispensables. Seulement il n'y a lieu d'en ordonner la représentation ou la communication que lorsque leur existence est certaine et prouvée par celui qui en demande la production, parce que la présomption d'existence qu'on peut invoquer à l'égard des livres indispensables n'existe pas à l'égard des livres auxiliaires.

On a prétendu (2) que les livres auxiliaires étaient impuissants à prouver en faveur du commerçant qui les a tenus, et qu'ils ne pouvaient faire preuve qu'en faveur de son adversaire. Je ne crois pas cette restriction fondée, ni qu'il y ait lieu d'assimiler les livres auxiliaires des commerçants aux registres des non-commerçants (3). Peu importe que les livres auxiliaires ne soient pas indispensables, ils n'en sont pas moins des livres de commerce, et comme tels appelés à faire preuve de la même manière que les livres indispensables dont ils sont, en quelque sorte, l'appendice et le complément (4). Seulement quand les livres auxiliaires ne s'accordent pas avec les livres indispensables, je crois qu'il convient, toutes choses égales d'ailleurs, de donner la préférence à ces derniers (5).

2511. Jusqu'à présent nous ne nous sommes occupés de la force probante et de l'autorité des livres, que relativement aux parties contractantes. Il nous reste maintenant à jeter un coup d'œil sur les effets des énonciations contenues dans les livres, relativement aux héritiers ou ayants cause des commerçants auxquels appartiennent les livres, et qui ne sont pas intéressés personnellement dans la contestation, et relativement au tiers.

(1) Voy. *sup.*, n. 2479.
(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 287.
(3) C. civ., 1331.
(4) Favard, *Répert.*, v° *Livres*, n. 7.
(5) Locré, sur l'art. 12, Cod. com.

Et d'abord en ce qui touche les héritiers, il n'est pas douteux que, représentant complétement la personne de leur auteur, les livres qui pouvaient prouver pour ou contre celui-ci, peuvent prouver pour ou contre eux. Toutes les règles applicables aux commerçants, relativement à l'autorité et à la force probante des livres, sont donc applicables à leurs héritiers. Peu importe à cet égard que les héritiers d'un commerçant ne soient pas commerçants eux-mêmes : il suffit que, représentant un commerçant, ils en continuent la personne, pour que la contestation soit réputée exister entre commerçants, et qu'il y ait lieu à l'application de l'article 12 du Code de commerce et de toutes les autres dispositions qui en sont la conséquence ; seulement, dans tous les cas où le serment peut être déféré aux commerçants pour compléter la preuve faite par leurs livres, il ne peut être déféré aux héritiers des commerçants sur des faits personnels à leur auteur (1).

2512. De ce que les héritiers des commerçants se trouvent, quant aux livres, au lieu et place de leur auteur, alors même qu'ils ne sont pas commerçants, il suit que non-seulement ils peuvent les produire ou en demander la production, pour en argumenter comme aurait pu le faire leur auteur, mais encore que la production peut en être demandée ou ordonnée contre eux. *Cum peragatur de libris mercatorum qui eos conficere et custodire obstringentur, non solùm ipse mercator, sed etiam illius heredes tenentur exhibere ad instantiam habentium desuper interesse* (2). Telle était aussi la décision de la loi 5, § 1 *ff. De edendo : Coguntur et successores edere rationes*. Pour se soustraire à cette obligation, l'héritier ne serait pas fondé à prétendre qu'il n'a pas des livres de son auteur : il est présumé être en possession de ces livres comme de tous les autres papiers de sa succession : *Hæres præsumitur habere libros, scripturas ac epistolas defuncti* (3). Il faut donc qu'il prouve pourquoi

(1) C. civ., 1359.

(2) Ansaldus, *Disc.* 66, n. 8 ; Menochius, *De præsump.*, lib. VI, præs. 61, n. 10.

(3) Casaregis, *Disc.* 38, n. 41.

et comment il ne les a pas. Mais s'il y avait plusieurs héritiers, et que par l'effet du partage les livres eussent été remis entre les mains de l'un d'eux, seul il pourrait être condamné à les produire ; et il n'y aurait lieu de prononcer une condamnation commune, que si les livres étaient à la disposition de tous les héritiers : la loi romaine précitée était encore formelle sur ce point. *Quod si plures sunt hæredes, et unus habeat, solùm ad editionem compellitur, sed si omnes habeant, omnes ad editionem compellendi sunt* (1).

2513. Ce qui vient d'être dit de l'autorité des livres à l'égard des héritiers, s'applique aux ayants cause qui, exerçant les droits du commerçant qu'ils représentent, peuvent se prévaloir de ses livres, de même qu'on peut les leur opposer. Mais on comprend que les ayants cause ne puissent pas être tenus, comme l'héritier, de produire les livres de celui qu'ils représentent : ils n'y sont tenus que lorsque la cause dans laquelle ils puisent leurs droits est telle, que la remise des livres entre leurs mains a dû en être la conséquence. Ainsi, celui qui, en se rendant acquéreur d'un fonds de commerce, se rend cessionnaire de l'actif en même temps qu'il se charge du passif, et qui prend ainsi la suite complète des affaires de la maison à laquelle il succède, étant réputé détenteur des livres qui sont un accessoire nécessaire des droits qui lui sont cédés et des obligations dont il se charge, est tenu de produire les livres de la même manière et dans les même cas qu'était tenu celui auquel il succède. Au contraire, celui qui se rend cessionnaire d'une créance particulière ne peut être contraint par le débiteur cédé à produire les livres du cédant : *Cessionarius agens contrà nomen cessum non tenetur edere reo, ad fundandam exceptionem, librum cedendi* (2).

2514. Mais en ce qui touche les tiers, la question présente beaucoup plus de difficultés. Il y avait autrefois une grande divergence dans la manière de la décider. Cette divergence nous est révélée par Ansaldus, qui d'abord pose en principe, en s'appuyant de nombreuses autorités, que les livres ne prou-

(1) Voy. Ansaldus, *Disc.* 73, n. 16 et 17.
(2) Ansaldus, *Disc.* 72, n. 6.

vent rien à l'égard des tiers : *Quod liber mercatoris continens factum tertii, seque referens ad libros et scripturas alterius, de per se nihil probat* (1) ; et qui, ailleurs, se croit permis de conclure de la preuve que les livres font entre les parties à celle qu'ils doivent faire, à plus forte raison, dit-il, à l'égard des tiers, et qui trouve à l'appui de cette thèse des autorités tout aussi nombreuses et tout aussi importantes : *Si in casibus à jure communi vel à statuto dispositis, tribuitur probatio libris favore scribentis, multò magis tribui debet favore tertii contrà tertium, cùm minor adsit suspicio alterationis in eo quod respicit interesse alienum quàm proprium* (2). Cependant ces solutions opposées peuvent se concilier jusqu'à un certain point.

Il est certain qu'en principe et dans la rigueur du Droit, les livres d'un commerçant ne prouvent pas contre les tiers, parce qu'ils sont à leur égard *res inter alios acta*, et qu'ils ne prouvent pas non plus en faveur des tiers, parce que leurs énonciations n'ont, dans ce cas, rien de contradictoire, et que, d'ailleurs, ils ne pourraient prouver en faveur d'un tiers sans prouver en même temps contre un autre. Aussi l'article 109 du Code de commerce ne met-il au nombre des moyens de preuve que les livres des parties. C'est à tort qu'on argumenterait en sens contraire, de l'autorité que l'on accordait à Rome aux livres des argentiers, à l'égard des tiers (3); cette autorité, qui tenait au caractère public dont les argentiers étaient revêtus, ne saurait appartenir aux livres des marchands d'aujourd'hui ; elle n'appartiendrait même pas aux livres des agents de change et des courtiers, qui ne prouvent la négociation qu'entre l'agent de change ou le courtier et son client, et nullement entre les deux parties auxquelles ils ont servi d'intermédiaires. Si le bordereau de l'agent de change ou du courtier ne prouve la négociation qu'autant qu'il est signé par les parties (4), à plus forte raison cette preuve ne peut-elle pas résulter des livres qui

(1) *Disc.* 72, n. 11.
(2) *Disc. gen.*, n. 149.
(3) Toubeau, t. II, p. 71 ; L. IX, § 2, ff. *De edendo ;* Ansaldus, *Disc.* 89, n. 10.
(4) C. com., 109. — Voy. *sup.*, n. 2440.

ne sauraient avoir plus d'autorité qu'un bordereau non signé.

Mais, dans l'application, ces principes perdent quelque chose de leur rigueur. En effet, dans tous les cas où en matière commerciale les juges peuvent admettre la preuve testimoniale ou les présomptions, on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas tenir compte des énonciations qui, dans les livres d'un commerçant, sont de nature à intéresser les tiers. Ces énonciations, qu'on peut assimiler à une sorte de témoignage écrit, ont assurément la valeur d'une présomption simple, et rien ne s'oppose dès lors à ce que le juge les prenne en considération (1).

C'est dans ce sens qu'il faut entendre un arrêt de la Cour de Paris du 8 décembre 1808 (2), qui juge que les registres d'un commissionnaire font foi, à l'égard des tiers, d'une vente de marchandises entreposées dans ses magasins, sans déplacement, c'est-à-dire sans tradition réelle et apparente, et qui semble ainsi accorder à ces registres une foi absolue. Lors de cet arrêt, il s'agissait moins de savoir si la preuve de la vente résultait de la mention qui en était faite sur les livres du commissionnaire, que si à défaut de livraison réelle et effective par voie de déplacement cette vente pouvait être opposée aux tiers. Voici quelle était l'espèce : le 18 janvier 1807, les sieurs Chauvin et autres avaient fait saisir-arrêter, entre les mains de Gallois, commissionnaire-entreposeur, 193 feuillettes de vins, pour défaut de payement du prix par les sieurs Cornet et autres, auxquels ils les avaient vendues. Mais 146 de ces feuillettes furent revendiquées par le sieur Soulier qui prétendait les avoir achetées avant la saisie, ce qu'il établissait, soit par les certificats, soit par les registres du commissionnaire. De leur côté, les saisissants soutenaient, d'une part, que la vente ne pouvait leur être opposée, soit parce qu'elle n'avait pas été suivie de tradition réelle ou fictive, soit parce que, d'ailleurs, la vente n'était pas suffisamment justifiée à leur égard. Un jugement de première instance admit ce système de défense.

(1) Locré, *Espr. du D. de com.*, sur l'art. 109; Toullier, t. VIII, n. 395; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 276.

(2) S., 2, 2, 445.

Mais, sur l'appel interjeté par le sieur Soulier, ce jugement fut infirmé : « Attendu que la saisie-revendication a été faite à tort et après que les vins revendiqués avaient cessé d'être en la possession des acheteurs, ainsi qu'il est suffisamment justifié par les certificats du commissionnaire Gallois, parfaitement conformes à ses registres. » On voit que cet arrêt ne fait qu'apprécier, comme il en avait le droit, la présomption résultant de la conformité des certificats et des livres du commissionnaire, sans que rien puisse faire penser qu'il leur accorde une autorité égale à celle qu'ils auraient entre les parties, et qu'il se fonde principalement, en définitive, sur ce que la tradition, quoique faite sans déplacement, n'en avait pas moins été réelle, dès que le commissionnaire détenait la marchandise pour le compte de l'acheteur comme il l'avait détenu pour le compte des vendeurs (1).

2515. Ajoutons ici que l'autorité de présomptions que les livres peuvent avoir à l'égard des tiers appartient aux livres des faillis comme aux livres de ceux qui jouissent de la plénitude de leurs droits et de leur état commercial. Seulement, les juges qui les consultent doivent, comme lorsque les livres d'un failli sont produits dans une contestation qui l'intéresse, avoir égard à sa position particulière, pour se tenir en garde contre les fraudes et les irrégularités qui pourraient en atténuer la valeur.

2516. Mais, si les livres peuvent servir d'éléments de preuve pour ou contre les tiers, là s'arrête la similitude qui se rencontre entre les effets qu'ils produisent relativement aux tiers et ceux qu'ils produisent relativement aux parties. Ainsi, la production n'en peut jamais être que volontaire ; elle ne peut être forcée ; et jamais les parties n'ont le droit de demander, ni le juge celui d'ordonner, la représentation ou la communication des livres d'un commerçant qui n'est pas en cause. Cette représentation ou communication ordonnée par justice serait un véritable compulsoire. Or, il résulte de l'article 839 du Code de procédure, que le compulsoire n'est autorisé

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1601.

qu'à l'égard des notaires ou autres dépositaires publics, qui ne tiennent pas leurs registres et leurs écritures dans leur propre intérêt, mais dans l'intérêt des tiers. Les simples particuliers ne peuvent jamais être exposés à une pareille recherche; et surtout les commerçants qui, plus que d'autres, ont intérêt à ce que le secret de leurs affaires ne soit pas divulgué. Aussi, Ansaldus n'hésite-t-il pas à décider qu'un marchand n'est pas tenu de produire ses livres à un autre marchand : *Mercator non tenetur edere proprias codices alteri mercatori* (1).

2517. Tout ce qui précède sur l'autorité des livres à l'égard des tiers et sur les restrictions dont cette autorité est susceptible ne s'applique pas au cas où il s'agit de livres tenus par une personne, qui peut être considérée comme le mandataire du tiers auquel on les oppose ou qui prétend s'en prévaloir. Ainsi, celui qui, ayant plusieurs maisons de commerce, a préposé un gérant à l'administration de l'une d'elles, trouve dans les livres de ce gérant le même secours que dans des livres qui lui seraient personnels, tout comme les énonciations de ces livres peuvent lui être opposées : *Præponens stare debet libris sui institoris seu administratoris* (2).

2518. Par la même raison, les livres tenus par le régent d'une société sont réputés personnels aux autres associés qui, en donnant le pouvoir de gérer, de les obliger et de stipuler pour eux, ont, par cela même, donné pouvoir de faire tous les actes accessoires, et conséquemment de tenir des livres constatant les obligations actives et passives de la société. C'était la jurisprudence de la Rote de Gênes : *Liber societatis scriptus à sociis, aliis scientibus et patientibus, plenè probat* (3).

Il suit de là que l'associé administrateur ne peut se dispenser de produire ses livres sur la demande qui lui en est faite par son coassocié : *Socius administrans tenetur exhibere libros administrationis consocio qui non administravit* (4).

(1) *Disc.* 72, n. 8. — Bordeaux, 6 août 1853, S., 55, 2, 177.
(2) Casaregis, *Disc.* 30, n. 82 et 83.
(3) *Décis.* 173, n. 5.
(4) Ansaldus, *Disc.* 73, n. 9. — Voy. l'arrêt précité de la cour de Bordeaux.

Mais si l'un des associés constituait un gérant ou un administrateur, les autres associés, qui n'auraient pas pris part à cette délégation des pouvoirs sociaux, devraient être considérés comme des tiers, relativement aux livres tenus par cet administrateur : *Socius libris confectis stare et credere non tenetur, administratoris ab altero ex sociis deputati* (1).

De même l'intitulé des livres d'une prétendue société ne suffit pas pour établir l'existence de la société à l'égard de ceux dont les noms y sont énoncés comme faisant partie de la société. Lorsqu'il n'est pas établi qu'ils avaient consenti d'avance à cet intitulé : *Librorum inscriptio, seu intitulatio non probat societatem, quandò non constat de mandato prætensi socii circà prædictam societatem* (2).

Il a d'ailleurs été jugé avec raison que le droit de demander la communication des livres d'une société n'appartient qu'aux associés ou à ceux qui ayant un intérêt dans la société participent à l'ensemble de ses bénéfices ou de ses pertes. Il n'appartient pas à un simple commis placier, chargé moyennant une commission de vendre des marchandises pour le compte de la société. C'est un simple mandataire qui doit établir par les moyens de preuve autorisés par la loi l'importance des ventes effectuées par son entremise (3).

2519. Ajoutons, en terminant, que toutes les règles qui précèdent sur l'autorité des livres se modifient, en ce qui touche les livres tenus en pays étranger, selon les principes que j'ai déjà développés dans cet ouvrage en traitant du droit international privé (4).

Article 2. — Des papiers domestiques.

Sommaire. — 2520. Des écritures sur feuilles volantes. — 2521. Des écritures mises au dos, en marge ou à la suite d'un titre. *Quid*, si elles tendent à une libération ? Examen de l'art. 1332 du Code civil. — 2522. *Quid*, si elles tendent à une obligation ?

2520. Il s'agit ici des écritures non signées qui se trouvent

(1) *Ibid.*, *Disc.* 80, n. 8.
(2) *Ibid.*, *Disc.* 87, n. 4.
(3) Cass., 26 déc. 1866, D., 67, 1, 303.
(4) Voy. *sup.*, t. I, n. 657.

sur feuilles volantes et des notes qui se trouvent en marge, à la suite ou au dos d'un acte signé.

Et d'abord, quant aux écritures non signées qui se trouvent sur feuilles volantes, elles ne peuvent, en général, faire foi, ni pour ni contre celui qui les a écrites, parce que, à la différence des notes ou des énonciations portées sur des registres, rien n'indique qu'elles soient destinées à être conservées. Elles peuvent seulement servir de commencement de preuve par écrit (1). Ansaldus semble, il est vrai, accorder aux écrits de cette nature une autorité beaucoup plus étendue et vouloir qu'ils fassent preuve complète contre leur auteur : *Simplex calculus propriâ manu exaratus, etiam non subscriptus, probat contrà scribentem* (2). Mais, je crois que cela doit s'entendre seulement d'un compte remis par celui qui le doit à celui à qui il est dû ; et, dans ce cas, il est certain que l'effet de cette remise non contestée est une présomption grave en faveur de l'exactitude du compte. Néanmoins, comme ce compte non signé peut n'être qu'un projet, il ne fait pas nécessairement preuve contre celui qui l'a écrit.

2521. Quant aux notes mises au dos, en marge ou à la suite d'un titre, il faut distinguer si elles tendent à une libération ou si elles tendent à une obligation.

Relativement aux notes qui tendent à une libération, il y a dans le Code civil un article qui renferme tout un système, c'est l'article 1332, ainsi conçu : « L'écriture mise, par le créancier, à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise, par le créancier, au dos ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur. » Comme on le voit, cet article prévoit deux cas : le premier, où le titre est resté entre les mains du créancier ; le second, où il est entre les mains du débiteur. Or, sous ces deux rapports, la rédaction des dispositions de l'article 1332

(1) Voy. *inf.*, n. 2537.
(2) *Disc.* 66, n. 4, et *Disc. gen.*, n. 149.

a été critiquée par tous les auteurs (1). Je me bornerai à reproduire ici succinctement leurs critiques et l'explication qu'ils donnent de l'article 1332.

Suivant Pothier, dont il est clair que les rédacteurs du Code ont voulu suivre la doctrine, lorsque des écritures non signées, tendant à la libération du débiteur, sont mises à la suite, en marge ou au dos d'un écrit signé, il faut distinguer si l'acte n'a jamais cessé d'être en la possession du créancier, ou s'il est en la possession du débiteur : dans le premier cas, l'écriture tendant à la libération fait foi, selon Pothier, de quelque main qu'elle ait été écrite, fût-ce même de celle du débiteur, parce qu'il est plus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire une mention libératoire sur un billet qui est en sa possession, si le payement ne lui en avait pas été fait effectivement (2). Dans le second cas, les écritures non signées font pleine foi si elles sont de la main du créancier, parce qu'elles constituent une reconnaissance accompagnée de la remise présumée du titre au débiteur (3). Rien de plus rationnel que ce système, dans lequel on se rend parfaitement compte pourquoi, dans le premier cas, peu importe la main qui a écrit la mention libératoire sur un titre qui n'est pas sorti des mains du créancier, et pourquoi, dans le second, il faut nécessairement que cette mention soit de la main du créancier, sur un titre qui se trouve entre les mains du débiteur, lequel pourrait ainsi se créer à lui-même un titre libératoire.

Cependant les auteurs du Code, sans paraître se rendre compte de cette distinction si nette et si bien justifiée, ont exigé, dans la première partie de l'article 1332, qui se rapporte au cas où le titre n'est pas sorti des mains du créancier, que la mention libératoire fût de la main du créancier, tandis qu'il importe peu en soi de quelle main est une écriture qui n'a pu être mise sur le titre que du consentement du créancier; et dans la seconde partie, qui se rapporte au cas où, soit le titre,

(1) Toullier, t. VIII, n. 353; Duranton, t. XIII, n. 218 ; M. Bonnier, n. 709 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 1332.

(2) *Des oblig.*, n. 726.

(3) *Ibid.*, n. 727.

soit le double du titre, est entre les mains du débiteur, ils semblent, en reconnaissant une force libératoire à l'écriture mise sur le titre par le créancier, *pouvu que ce double soit entre les mains du débiteur*, refuser cette force à la mention libératoire écrite par le créancier sur un titre ou sur un double qui est entre ses mains, ce qui est en opposition manifeste avec la première partie du même article 1332. Il faut donc s'en tenir à la doctrine de Pothier et laisser de côté l'article 1332, dont la rédaction, évidemment vicieuse, n'offre que non-sens et obscurités.

2522. Relativement aux notes qui tendent à une obligation, il n'y a, dans le Code civil, aucune disposition à cet égard. Pothier (1) adopte une distinction qui avait été faite avant lui par Boiceau (2) et par Danty son annotateur (3), entre le cas où l'écriture qui tend à une obligation exprime une relation avec l'acte sur lequel elle se trouve, et celui où elle n'a aucun rapport avec cet acte. Dans le premier cas, elle fait foi contre le débiteur si elle est écrite de sa main; mais, dans le second, elle ne fait pas foi contre lui, même écrite de sa main, et n'a pas plus d'autorité que les notes ou mentions écrites sur une feuille volante (4). Tout cela me semble fort rationnel et doit, dès lors, être suivi en Droit commercial aussi bien qu'en Droit civil.

§ VII. — *Des tailles.*

Sommaire. — 2523. Ce que c'est que les *tailles*. Comment prouvent-elles. — 2524. Elles prouvent entre marchands et aussi entre marchands et non-marchands. — 2525. *Quid*, si le défendeur ne produit pas l'échantillon de la taille? — 2526. Comment les tailles font-elles preuve à l'égard des tiers?

2523. Les tailles sont un moyen de constater les fournitures que fait un marchand en détail à une autre personne, par quantités égales ou à intervalles rapprochés. Elles consistent en

(1) *Des oblig.*, n. 728.
(2) 2e part., chap. II, n. 2.
(3) *Ibid.*, *Additions*, n. 2 et suiv.
(4) Voy. *sup.*, n. 2520.

deux petites pièces de bois parallèlement juxtaposées, sur lesquelles le marchand, à chaque fourniture, fait une marque, coche ou entaille transversale. L'une de ces pièces, que l'on nomme *taille* proprement dite, reste entre les mains du fournisseur; l'autre, que l'on appelle *échantillon*, est laissée à la personne qui reçoit les fournitures. Par le rapprochement de ces deux pièces et la coïncidence des marques, on est toujours à même de reconnaître ou de vérifier le nombre des fournitures faites.

Aux termes de l'article 1333 du Code civil, les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail. — Tels sont particulièrement les bouchers et les boulangers. Ces tailles, dit Pothier, tiennent lieu d'écritures et font une espèce de preuve littérale de la quantité des marchandises fournies, lorsque celui à qui elles ont été fournies représente l'échantillon pour le joindre à la taille (1).

2524. Il y a cela de particulier que les tailles font preuve, non-seulement entre marchands, mais aussi et le plus ordinairement, entre les marchands ou fournisseurs et les particuliers non-marchands auxquels les fournitures sont faites, à la différence des livres, qui ne prouvent pas contre les non-commerçants. Cette différence tient à ce que le marchand, s'il est de mauvaise foi, peut écrire sur son livre tout ce qu'il veut, sans que le non-marchand auquel ce livre est opposé ait aucun moyen d'en suivre et d'en contrôler les énonciations, tandis que le fournisseur ne peut rien coter sur la taille sans la présence et le consentement de celui à qui la fourniture est faite et que le rapprochement de la taille et de l'échantillon est toujours un moyen infaillible d'en vérifier l'exactitude réciproque.

2525. Mais qu'arrive-t-il lorsque le fournisseur qui poursuit en payement celui à qui il a fait des fournitures, présente seul une taille, et que le débiteur ne représente pas l'échantillon. Il faut distinguer entre le cas où le débiteur refuse de pro-

(1) *Des oblig.*, n. 730.

duire l'échantillon, soit parce qu'il l'aurait perdu, soit par tout autre motif, et le cas où le débiteur soutient qu'il n'a jamais eu d'échantillon.

Le premier cas était prévu par l'article 14 de la Coutume de Tournai, au titre des *Ampliations*, aux termes duquel, à défaut par le défendeur d'exhiber la contre-taille ou l'échantillon, la taille exhibée par le demandeur était tenue pour vérifiée. Tellé doit être en effet la règle générale. Quand il n'y a aucune raison de suspecter la véracité du demandeur, le fait du défendeur ne peut suffire pour changer la position de son adversaire, qui s'est mis en règles et qui a fait tout ce qui dépendait de lui. Mais quand il y a un soupçon de fraude de la part du demandeur, alors les juges doivent déterminer, d'après les circonstances, si la taille produite fait foi, et jusqu'à quel degré elle peut faire foi (1).

Dans le second cas, c'est-à-dire si le défendeur soutient qu'il n'a jamais eu d'échantillon et conteste les fournitures dont le payement est demandé, la taille ne fait pas preuve; mais on peut l'assimiler aux livres de commerce produits contre un non-marchand (2) et décider alors que le juge a la faculté de déférer au marchand demandeur le serment supplétif (3).

2526. Les tailles font preuve de la fourniture, non-seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers, et spécialement à l'égard des créanciers de celui à qui les fournitures ont été faites, et à l'encontre duquel le marchand ou fournisseur veut exercer le privilége établi par l'article 2101, n° 5, du Code civil, en faveur du fournisseur des subsistances (4). Suivant M. Bonnier, le marchand n'aurait droit à un privilége qu'autant que les fournitures dont les tailles font preuve auraient acquis date certaine; et, à défaut de cette date certaine, il ne pourrait que concourir au marc le franc avec les autres

(1) Toullier, t. VIII, n. 409; Duranton, t. XIII, n. 234; M. Bonnier, n. 616; Marcadé, sur l'art. 1333.

(2) Voy. *sup.*, n. 2489.

(3) Duranton, t. XIII, n. 253; M. Bonnier, n. 616. — Voy. cependant Marcadé, sur l'art. 1333.

(4) Toullier, t. VIII, n. 410.

créanciers (1). Si l'on entend par là que le marchand qui réclame un privilége pour ses fournitures doit prouver que ces fournitures ont été faites dans le temps protégé par le privilége, c'est-à-dire dans les six mois ou dans l'année (2), on a raison : la taille prouve la fourniture, mais elle ne prouve pas nécessairement l'époque de la fourniture. Si, au contraire, on entend par là, comme semble l'insinuer M. Bonnier, que cette date certaine doit résulter de la mention de la fourniture, ou des tailles, dans un acte sous seing privé enregistré, ou dans un acte authentique, tel par exemple qu'un procès-verbal de scellés ou d'inventaire, après faillite ou après décès, je crois que c'est une erreur. Lorsque, attendu la qualité réciproque des parties et l'objet des fournitures, elles ont un caractère commercial, tant de la part du fournisseur que de la part de celui à qui elles sont faites, il est incontestable que la certitude de la date du contrat commercial peut être établie de toute manière ; c'est ce que M. Bonnier lui-même reconnaît. Et lorsque le contrat n'est commercial que d'un côté, du côté des fournisseurs, les tailles ne comportant avec elles aucun moyen particulier d'établir la date du contrat, et, ne pouvant d'ailleurs être assimilées sous aucun rapport aux actes sous seing privés pour lesquels l'article 1325 du Code civil détermine des moyens limitatifs d'acquérir date certaine à l'égard des tiers, il faut en conclure que, dans quelque hypothèse que l'on se place, la preuve de la date des fournitures constatées par les tailles peut résulter de toutes sortes d'éléments, dont l'appréciation est nécessairement abandonnée à la conscience du juge. Comment admettre, en effet, que, lorsque la loi dispense d'un acte écrit pour la preuve des fournitures constatées par les tailles, elle puisse exiger un acte écrit pour la constatation de la date des fournitures (3) ?

§ VIII. — *Des copies de titres.*

SOMMAIRE. — 2527. Les règles relatives à la foi due aux copies de titres ont peu d'application en matière commerciale ? — 2528. Foi due aux copies

(1) N. 616.
(2) C. civ., 2101.
(3) Voy. Boiceau, 2e part., chap. IX, n. 7.

de titres. — 2529. Transcription des actes sur les registres publics. — 2530. Les duplicata d'une lettre de change faite en plusieurs exemplaires ne sont pas des copies de titres.

2527. Les actes authentiques sont les seuls dont il soit ordinairement nécessaire de délivrer copie aux parties, parce que les originaux de ces actes restent entre les mains de l'officier public qui les a reçus. L'original des actes sous seing privés, étant au contraire entre les mains des parties qu'il intéresse, il y a rarement lieu d'en délivrer copie. Les règles consacrées par le Code civil sur les copies des titres intéressent donc peu le commerce qui n'use pas ordinairement des actes authentiques. Il nous suffira, en conséquence, de les exposer sommairement et sans commentaires.

2528. Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre dont la représentation peut toujours être exigée (1).

Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original. Il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, ont été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics, qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. Elles sont considérées comme anciennes si elles ont plus de trente ans. Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'ont pas été par le notaire qui l'a reçu ou par l'un de ses succes-

(1) C. civ., 1334. — *Copiæ non plus est credendum quam originali.* Casaregis, *Disc.* 142, n. 56.

seurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

4° Les copies peuvent, suivant la circonstance, être considérées comme simples renseignements (1).

2529. Quant à la transcription des actes sur les registres publics, elle ne peut servir que de commencement de preuve par écrit; et il faut même pour cela, lorsqu'il s'agit des actes des notaires, deux conditions : la première, qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues; ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte provient d'un accident particulier; la seconde, qu'il existe un répertoire en règle, du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date. Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circonstances, la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils vivent encore, soient entendus (2).

2530. Il ne faut pas confondre avec les copies des titres les divers exemplaires des actes qui, comme les lettres de change, sont faits par premier, deuxième ou troisième exemplaire. Ces divers exemplaires sont des originaux qui ont tous la même valeur, bien que leur force respective puisse être modifiée par l'acceptation qui oblige le tiré à payer sur un exemplaire plutôt que sur un autre (3).

Il ne faut pas non plus confondre avec une copie ordinaire le duplicata que le tireur d'une lettre de change adirée est tenu de fournir à son endosseur immédiat, aux termes de l'article 154 du Code de commerce. Le duplicata est un nouvel original qui trouve sa force en lui-même, et non par relation à l'original perdu, et qui fait, par conséquent, preuve complète en faveur du porteur, de la même manière et au même degré que l'original qu'il remplace.

(1) C. civ., 1335.
(2) C. civ. 1336.
(3) Voy. *sup.*, t. III, n. 1620 et suiv.

§ IX. — *Des actes récognitifs et confirmatifs.*

SOMMAIRE. — 2531. Ce que c'est qu'un acte récognitif et un acte confirmatif. Autorité des actes récognitifs.—2532. Autorité des actes confirmatifs. Ratification expresse et ratification tacite. — 2533. Effets de la ratification.

3531. L'acte récognitif est celui par lequel on reconnaît l'existence et la teneur d'un acte antérieur; l'acte confirmatif ou ratificatif est celui par lequel on confirme ou on ratifie une obligation antérieure consentie, soit par le ratifiant lui-même, soit par un tiers, en son nom.

Aux termes de l'article 1337 du Code civil, les actes récognitifs ne dispensent pas de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. Par *teneur* de l'acte, on doit entendre la substance de l'acte, c'est-à-dire les conditions qui constituent l'obligation, et non le texte même de l'acte primordial, qui n'ajouterait rien à la connaissance acquise des conditions. Le même article ajoute que, lorsqu'il y a plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une a plus de trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial. Mais, il est bien évident, qu'en matière commerciale un acte récognitif, accompagné ou suivi d'exécution, dispensera facilement de la représentation du titre primordial, et que c'est surtout en cette matière que les tribunaux doivent user du pouvoir discrétionnaire qui leur appartient, de décider si un acte récognitif relate la teneur du titre primordial.

Il est clair, au surplus, que ce que l'acte récognitif contient de plus que l'acte primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet (1). Mais, tant que le titre primordial n'est pas répresenté, l'acte récognitif est présumé lui être conforme, sauf aux intéressés à prouver qu'il y a erreur ou aggravationde l'obligation primitive.

2532. Comme nous venons de le voir tout à l'heure (2), les actes de confirmation ou de ratification sont de deux sortes :

(1) C. civ., 1337.
(2) Voy. le nº qui précède.

ceux par lesquels le ratifiant confirme une obligation par lui contractée et susceptible d'être annulée ou rescindée; et ceux par lesquels il confirme, en se les appropriant, les actes faits en son nom, par un tiers mandataire, ou *negotiorum gestor*.

Aux termes de l'article 1338 du Code civil, l'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. Mais, à défaut d'acte de confirmation ou de ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée (1).

Il y a deux sortes de ratifications : la ratification expresse et la ratification tacite, qui sont admises non-seulement quand il s'agit de ratifier un acte nul ou rescindable, mais encore quand il s'agit d'approuver et de confirmer ce qui a été fait au nom du ratifiant par un tiers, tel qu'un mandataire ou un *negotiorum gestor* (2). Mais il faut remarquer que la ratification expresse des actes consentis par un tiers n'est point assujettie aux conditions de l'article 1338, et, spécialement, qu'il n'est pas nécessaire que l'acte de ratification contienne la substance des conventions ratifiées et la mention des motifs de l'action en rescision (3).

Au surplus, la ratification pouvant toujours résulter d'une exécution volontaire, on comprend qu'en matière commerciale surtout, les juges, qui sont les appréciateurs des faits d'exécution, peuvent, dans tous les cas, considérer, suivant les circonstances, un acte confirmatif ou ratificatif comme un acte d'exécution, et lui donner, comme acte d'exécution, l'effet qu'il n'obtiendrait pas, aux termes de l'article 1338, comme acte ratificatif ou confirmatif.

2533. La ratification, confirmation ou exécution volontaire

(1) Cass., 27 juillet 1863, S., 63, 1, 457.

(2) C. civ., 1998.

(3) Toullier, t. VIII, n. 491 et 502; Duranton, t. XIII, n. 265; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 169.

d'un acte, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait faire valoir contre cet acte, sans préjudice, néanmoins, des droits des tiers (1).

Il suit de là que, lorsque les moyens et exceptions qu'on peut faire valoir contre un acte reposent sur des nullités d'ordre public et auxquelles il n'est pas permis de renoncer, ces nullités ne sont pas couvertes par la ratification ou l'exécution. C'est en ce sens qu'il a été jugé que si la nullité d'un contrat d'assurance maritime, résultant de la fausse indication du lieu de départ du navire, peut être couverte par l'assureur qui, après avoir eu connaissance de cette erreur, encaisse le prix de l'assurance (2), on ne peut valablement ratifier ni le contrat d'assurance sur fret de marchandises, prohibé par l'article 347 du Code de commerce (3), ni les marchés à terme, sur les effets publics, lorsqu'ils ont le caractère de jeux de bourse prohibés (4), ni les stipulations d'intérêts usuraires (5).

SECTION II. — *De la preuve testimoniale.*

Sommaire. — 2534. Origine de la preuve testimoniale. — 2535. Le droit civil fait de la prohibition de la preuve testimoniale la règle générale, en matière de conventions. — 2536. Cette règle ne s'applique pas aux simples faits. — 2537. Exceptions dont cette règle est susceptible. Commencement de preuve par écrit. — 2538. Impossibilité de se procurer une preuve littérale. — 2539. Dol et fraude. — 2540. Consentement de la partie contre laquelle la preuve doit être faite. — 2541. En droit commercial, la règle générale est l'admissibilité de la preuve testimoniale. — 2542. Les tribunaux de commerce ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire, quelle que soit la valeur du litige. — 2543. Il suffit pour qu'elle soit admissible que le fait soit commercial de la part de celui qui offre la preuve. — 2544... Pourvu qu'elle ne tende pas à mettre une obligation à la charge de celui qui n'aurait pas fait acte de commerce. — 2545. La libération d'une dette commerciale dans l'origine, mais qui est devenue civile par l'effet d'un jugement, ne peut se prouver par témoins. — 2545 *bis*. De la preuve de la subrogation. — 2546. L'admissibilité de la preuve par témoins dépend de la nature de l'affaire et non de la juri-

(1) C. civ., 1338.
(2) Cass., 10 nov. 1851, S., 51, 1, 29.
(3) Cass., 5 juin 1832, S., 32, 1, 321; D., 32, 1, 855.
(4) Mollot, *Des bourses de commerce*, n. 317; Cass., 11 août 1824.
(5) Cass., 31 déc. 1833, S., 34, 1, 104.

diction devant laquelle l'action est pendante. — 2547. Elle est admissible devant les tribunaux de commerce même pour prouver un fait d'où dépend leur compétence. — 2548. La preuve testimoniale cesse d'être admissible en matière commerciale quand il s'agit d'actes ou de conventions pour la preuve desquels la loi exige une preuve écrite. Exemples. — 2549. Du contrat de société. Sociétés civiles. — 2550. Sociétés commerciales. — 2551. L'absence d'un acte de société ne peut être opposée aux tiers. — 2552... Ni entre les associés quand il s'agit de régler les droits résultant de l'association. — 2553. Preuve des associations en participation. — 2554. Preuve du contrat de change. — 2555... De la lettre de change. — 2556. Dans le cas de perte d'une lettre de change. — 2557. Preuve de la fourniture d'une lettre de change. — 2558. Preuve de l'endossement. — 2559... De l'acceptation. — 2560. Effets d'une acceptation verbale ou par lettres missives. — 2561. Preuve de la promesse de payer une lettre de change, considérée comme obligation ordinaire. — 2562. Preuve de la vente d'un bâtiment de mer. — 2563. De la charte-partie. — 2564. Peut-on suppléer par la preuve testimoniale à l'absence d'un connaissement? — 2565. De la preuve du prêt à la grosse et du contrat d'assurances maritimes. — 2566. *Quid*, quand la somme prêtée ou la valeur assurée est au-dessous de 150 fr. ou quand il y a un commencement de preuve par écrit? — 2567. De la preuve de l'assurance terrestre. — 2568... Du contrat d'apprentissage ;... du compromis. — 2569. De la renonciation à la faculté de prouver par témoins. — 2570. Peut-on, en matière commerciale, prouver contre et outre le contenu aux actes? — 2571. *Quid*, dans le cas où un acte écrit est nécessaire pour la preuve de la convention? — 2572. De la preuve des suppositions de noms, de lieux, etc., dans une lettre de change. — 2573... De la supposition de la valeur fournie. — 2574. De la preuve de la valeur fournie dans un endossement irrégulier. — 2575. De la preuve contraire au procès-verbal de vérification des créances. — 2576.. Au connaissement... à la lettre de voiture. — 2577. On peut prouver par témoins la libération d'une obligation constatée par écrit. — 2578. Procédure en matière de preuve par témoins.

2534. Bien que, dans l'ordre suivi par le Code civil et par le Code de commerce, la preuve testimoniale vienne après la preuve littérale, cependant, dans l'ordre logique et naturel, elle devrait venir la première. La parole a précédé l'écriture : la preuve verbale a donc précédé la preuve écrite. Aussi, à mesure qu'on remonte le cours des législations et des temps, on trouve la preuve testimoniale de plus en plus puissante ; et, quand on est arrivé à leur source, on l'y voit régner seule et sans partage. Les législations primitives l'admettent sans réserve; les législations des peuples qui se perfectionnent et se civilisent l'excluent peu à peu et finissent par ne plus l'admettre qu'exceptionnellement. Mais c'est à tort qu'on attribue-

rait ce résultat à la corruption des sociétés civilisées. Si de tout temps il y a eu des témoins à vendre, jamais il n'a été plus difficile d'en acheter que dans les temps de civilisation avancée, où tout se voit, où tout se sait, et où les intérêts privés, excités par la lutte, sont toujours éveillés sur les manœuvres qui pourraient les compromettre; et peut-être cet adage coutumier : *Qui mieux abreuve, mieux preuve*, ne serait-il pas aussi vrai aujourd'hui que du temps de Loisel, qui nous le fait connaître. C'est dans la nature même des choses et dans les progrès de lumières, que se trouve la substitution progressive de la preuve littérale à la preuve testimoniale. Dans les sociétés primitives, quand l'écriture était inconnue, il fallait nécessairement avoir recours au témoignage des hommes qui avaient gardé dans leur souvenir la trace des faits et des conventions. Plus tard, quand l'écriture commença à s'introduire, mais était encore une science réservée au petit nombre, le témoignage verbal prédomina encore. Ensuite, à mesure qu'elle se répandit, la facilité de tout fixer, en confiant tout à l'écriture, dispensa du soin de tout confier à la mémoire, et l'écriture, qui n'oublie rien et qui ne trompe jamais, finit par l'emporter sur le témoignage des hommes qui pouvaient d'autant plus oublier et se tromper, qu'ils n'avaient plus le même intérêt à se souvenir. Alors la preuve écrite remplaça la preuve orale dans la plupart des conventions qui ne répugnent pas à cette manière de contracter; et la loi en surbordonnant généralement la preuve des conventions à l'écriture n'a fait que consacrer une pratique antérieure, en même temps que, dans l'intérêt de tous, elle ferme la porte aux demandes multipliées qui ne trouveraient d'appui que dans la preuve testimoniale, et aux incidents qui, fondés sur des offres de preuves plus ou moins hasardées, prolongeraient inutilement les instances (1).

2535. En France, la preuve testimoniale a été libre jusqu'à l'ordonnance dite de Moulins, du mois de février 1566,

(1) « ... Pour obvier à la multiplication des faits que l'on a vus ci-devant être mis en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès. » (*Préambule de l'ordonn. de* 1566, art. 56.)

qui, en ordonnant, par son article 54, de passer acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, et en défendant de recevoir la preuve par témoins dans tous les cas où un acte écrit est nécessaire, a établi la prédominance de la preuve écrite sur la preuve orale, et marqué la fin de l'empire qu'avait jusqu'alors exercé la preuve par témoins. Les articles 2 et suivants, du titre XX de l'ordonnance de 1662, sont venus persister dans le même système, en le développant, et les articles 1341 et suivants du Code civil y ont mis la dernière main.

Dans ce système, la règle générale est qu'il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs, même pour dépôt volontaire, et qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur de moins de 150 francs (1).

2536. Avant d'entrer dans le détail des exceptions, dont cette règle générale est susceptible, remarquons qu'en exigeant qu'il soit passé acte de toutes choses, la loi n'entend parler que des choses qui tiennent aux conventions, soit qu'il s'agisse de les former, soit qu'il s'agisse de les exécuter ou de les dissoudre ; elle n'entend nullement parler des simples faits qui, n'impliquant aucune convention, ne sont pas de nature à être constatés par écrit, bien que, d'ailleurs, ils puissent servir de principe à une obligation. Il est vrai qu'en matière maritime, dans le cas de délaissement aux assureurs, de jet à la mer, les faits qui motivent le délaissement, le jet, doivent être prouvés de certaines manières par des procès-verbaux officiels. Mais ces exceptions confirment la règle suivant laquelle la prohibition de la preuve testimoniale en toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs ne s'applique pas aux faits étrangers à une convention.

2537. Au surplus, la règle qui, dans tous les cas où il

(1) C. civ., 1341.

s'agit d'une chose dont la valeur excède 150 francs, impose aux juges l'obligation de ne s'arrêter qu'aux preuves écrites, reçoit des exceptions notables.

La première exception a lieu lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi, dit l'article 1347 du Code civil, tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. On considère le commencement de preuve par écrit comme un aveu incomplet de la chose qu'il s'agit de prouver. Et de même qu'un aveu complet fait preuve complète, de même aussi un aveu incomplet fait preuve incomplète, ou, ce qui revient au même, un commencement de preuve qui peut être complété par la preuve testimoniale, sans que, dans ce cas, ce mode de preuve présente les mêmes dangers que lorsqu'il n'est pas soutenu par une preuve écrite. C'est parce que le commencement de preuve par écrit constitue une sorte d'aveu qu'il doit émaner de celui à qui on l'oppose. Du reste, quand un écrit émane de celui à qui on l'oppose, les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour attribuer ou refuser à cet écrit le caractère d'un commencement de preuve, et conséquemment pour ordonner la preuve testimoniale à l'aide de laquelle on prétend le compléter.

2538. La seconde exception a lieu toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui (1). L'article 1348, qui pose cette exception, cite plusieurs exemples d'obligation qui peuvent être prouvés par témoins, à raison de l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, et il met en première ligne les obligations qui naissent des quasi-délits (2). Mais l'exemple est mal choisi. La preuve des obligations qui naissent des délits ou des quasi-délits et des quasi-contrats n'a pas pour objet un fait qui se rattache à une convention, puisque ces obligations se forment sans conventions, mais un fait pur et simple ; la preuve par témoins en

(1) C. civ., 1348.
(2) Voy. *inf.*, tit. II.

est donc admissible, parce qu'on peut toujous prouver un fait, et que les prohibitions du Code civil, relativement à la preuve testimoniale, ne regardent que la preuve des faits qui se rattachent à une convention (1).

A cet exemple des obligations qui peuvent être prouvées par témoins, à raison de l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, l'article 1348 ajoute les dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie ; les obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit ; enfin, celles dont le créancier a perdu le titre par suite d'un cas fortuit imprévu et résultant d'une force majeure.

2539. La troisième exception a lieu dans le cas où un acte est attaqué pour cause de dol et de fraude (2), parce que les faits de dol et de fraude rentrent toujours dans la catégorie de ceux dont il n'est pas possible de se procurer une preuve écrite.

2540. A ces trois exceptions on peut en ajouter une quatrième qui ne résulte pas d'un texte précis, mais du principe général qui domine toutes les lois, à savoir que tout ce qui n'est pas défendu est permis. Or, comme aucune loi ne défend à celui contre lequel on demande à prouver une chose par témoins de consentir à l'emploi de cette preuve, il faut en conclure que la preuve par témoins peut être ordonnée, hors des cas permis par la loi, alors que la partie contre laquelle la preuve doit être faite y consent et renonce ainsi au bénéfice de la loi. Il n'en serait autrement, que si la disposition, qui ne permet pas de recourir à la preuve par témoins hors certains cas déterminés, était d'ordre public. Mais il est difficile de lui reconnaître ce caractère d'une manière absolue. L'ordre public peut bien être intéressé à ce que la preuve par témoins ne soit pas toujours admissible malgré la partie contre laquelle elle doit être faite, parce que l'ordre public est intéressé à ce que les citoyens soient pro-

(1) Voy. *sup.*, n. 2536.
(2) Cod civ., 1353.

tégés contre des demandes dont la justification ne présenterait pas toutes les garanties désirables. Mais l'ordre public cesse d'être intéressé, quand la partie, renonçant aux garanties qui lui sont assurées, reconnaît, jusqu'à un certain point, le fondement de la demande formée contre elle. Une partie peut, sans aucun doute, constater par son aveu l'existence d'une convention pour la preuve de laquelle la loi exige une preuve littérale, parce que la nécessité de la preuve littérale suppose qu'il y a contestation sur l'existence même de la convention. Par la même raison, une partie peut consentir à la preuve testimoniale demandée contre elle, parce que ce consentement est une sorte d'aveu, sinon de la convention, au moins de l'efficacité de la preuve, et qu'il n'y a aucun motif d'exiger une preuve littérale, quand il est avoué et reconnu par toutes les parties intéressées que la preuve par témoins peut conduire à la découverte de la vérité (1).

2541. Nécessité d'une preuve écrite et exclusion de la preuve testimoniale en toutes choses excédant une valeur de 150 francs; admissibilité exceptionnelle de la preuve testimoniale quand il y a un commencement de preuve par écrit; quand il y a eu impossibilité de se procurer une preuve écrite; quand un acte est attaqué pour cause de dol et de fraude, et quand il y a consentement de la part de celui contre lequel la preuve est demandée : tel est le résumé des règles auxquelles, en matière civile, est soumise la preuve testimoniale.

Mais en est-il de même en matière commerciale? La pratique universelle a résolu négativement cette question et a fait de l'admission de la preuve testimoniale, qui est l'exception en matière civile, la règle générale des matières commerciales. Il est facile de justifier cette pratique en fait et en droit. En

(1) Voy. en ce sens, Bourges, 16 déc. 1826, S., 8, 2, 300; Rennes, 25 fév. 1841, S., 41, 2, 427; Bordeaux, 16 janv. 1846, S., 46, 2, 209; Duranton, t. XIII, n. 308; Chauveau, sur Carré, n. 976; M. Bonnier, n. 115; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 292. — En sens contraire, Toullier, t. IX, n. 36 et suiv.; M. Merlin, *Répert.*, vº *Preuve*, sect. II, § 3, art. 1, n. 29; Boncenne, t. IV, p. 125 et suiv.; Marcadé, sur l'article 1348.

fait, il est incontestable que la plupart des transactions commerciales se concluent et s'exécutent avec une rapidité qui n'admet pas l'intervention de l'écriture. Il est résulté de là que, tandis que dans les affaires civiles l'écriture gagnait du terrain pour la constatation de la plupart des conventions et tendait à remplacer la preuve vocale qui perdait de sa certitude à mesure qu'elle perdait de son importance, dans les affaires du commerce, au contraire, la force des choses maintenait la preuve testimoniale dans sa possession antérieure.

En droit, il est également certain que la législation a maintenu et consacré cet état de choses. L'ordonnance de Moulins du mois de février 1566 n'avait, il est vrai, fait aucune exception, en faveur du commerce, à la règle générale par laquelle elle défendait systématiquement l'emploi de la preuve par témoin. Mais les tribunaux consulaires n'avaient pas pris cette défense pour eux; et la jurisprudence postérieure à l'ordonnance de 1566, attestée par les auteurs les plus accrédités (1), démontre que les juridictions consulaires continuèrent à admettre, comme elles l'avaient fait jusque-là, la preuve testimoniale, quelle que fût d'ailleurs la valeur de l'objet de la contestation. Aussi l'article 2 de l'ordonnance de 1667, en reproduisant les dispositions par lesquelles l'ordonnance de 1566 avait prohibé généralement la preuve testimoniale, ajoute-t-elle : « sans toutefois rien innover pour ce regard en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands; » donnant ainsi, d'une manière expresse, l'appui de son autorité à une pratique qui, jusque-là, n'avait été protégée que par le silence de la loi. Cet état de choses a été sagement maintenu, d'abord par l'article 1341 du Code civil qui, de même que l'article 2 de l'ordonnance de 1667, dont il renouvelle les prohibitions, excepte les matières commerciales de l'application des règles générales sur la nécessité d'une preuve littérale : « Le tout, porte cet article, sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce; » et il a été ensuite définitivement consacré par l'article 109 du Code de commerce, qui met au nombre des moyens de preuve autorisés en matière commerciale

(1) Toubeau, *Instit. du droit consulaire*, t. II, p. 34 et suiv.

« la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre. »

C'est donc un point constant, et reconnu d'ailleurs par tous les auteurs (1) et par une jurisprudence uniforme, qu'en matière commerciale la preuve testimoniale est toujours admissible, quelle que soit la valeur de la demande, sauf, bien entendu, les cas où la loi exige expressément un acte écrit (2).

2542. Je dis toujours admissible, parce que le juge n'est jamais forcé de l'admettre. L'article 109 du Code de commerce lui laisse sur ce point un pouvoir discrétionnaire absolu. Suivant M. Duranton, quand l'objet de la contestation est d'une valeur inférieure à 150 francs, chiffre au-dessous duquel la preuve testimoniale est admissible, même en matière civile, les juges commerciaux ne pourraient pas se refuser à l'admettre, attendu que si les lois du commerce modifient le Droit civil, c'est par extension de la faculté accordée d'accueillir la preuve par témoins, et non pour restreindre le droit qui appartient à toute partie d'après le Droit commun (3). Mais il est manifeste que cette opinion renferme deux erreurs, consistant, la première, à ne pas tenir compte de la disposition très-expresse de l'article 109 du Code de commerce, qui subordonne sans distinction l'admission de la preuve testimoniale à la volonté et au pouvoir discrétionnaire du juge; la seconde, à supposer qu'en matière civile, au-dessous de 150 francs, le juge ne peut se refuser à admettre la preuve testimoniale, tandis qu'il est au contraire de principe certain, consacré par l'article 253 du Code de procédure, qu'en toute matière, pour que la preuve par témoins soit admise, il ne suffit pas que la loi ne défende pas de l'admettre, mais qu'il faut encore que le juge croie devoir l'ordonner (4).

2543. Il faut remarquer, du reste, qu'il suffit, pour que les

(1) Toullier, t. IX, n. 231 ; Duranton, t. XIII, n. 341 ; Pardessus, n. 262 et 1375 ; E. Vincens, t. I, p. 96 ; M. Alauzet, t. II, n. 643.

(2) Voy. *inf.*, n. 2548.

(3) T. XIII n. 341. — Voy. aussi en ce sens, M. Alauzet, t. II, n. 544.

(4) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 291 ; M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 461.

juges puissent admettre la preuve testimoniale, que cette preuve ait pour objet un fait commercial de la part de celui qui offre la preuve, sans qu'il soit nécessaire que ce fait ait également un caractère commercial de la part de celui contre qui la preuve est offerte.

Ainsi, lorsqu'un particulier non commerçant remet à un banquier une traite à recouvrer moyennant escompte, il s'établit, entre les parties, des rapports commerciaux au moins de la part du banquier; de telle manière que si le banquier, assigné ensuite par le non-commerçant en payement de la somme qu'il a dû recouvrer, se prétend libéré, il est admissible à prouver sa libération par des moyens commerciaux et spécialement par la preuve testimoniale. Le demandeur ne serait pas fondé à exciper de ce qu'il n'est pas commerçant et n'a pas fait acte de commerce, pour soutenir que la preuve de la libération qu'on lui oppose ne peut être faite que d'après les règles du Droit civil (1).

Ainsi encore un boulanger, assigné en payement de blé qui lui a été vendu par un propriétaire, est également recevable à prouver par témoins le payement dont il excipe, bien que la vente n'ait pas été commerciale de la part du propriétaire vendeur (2).

Néanmoins la cour de cassation s'est prononcée en sens contraire le 12 novembre 1862 (3). Cet arrêt juge qu'au cas de vente consentie par un non-commerçant à un commerçant, et qui par conséquent n'a un caractère commercial que relativement à ce dernier, le commerçant assigné en payement du prix par le non-commerçant ne peut prouver sa libération que suivant les règles du droit civil et non suivant les règles du Droit commercial. Il se fonde sur ce que, la vente étant purement civile de la part du vendeur, restait sous l'empire du droit commun. Cela est vrai, en ce qui touche la preuve de la vente qui ne pourrait être faite contre le vendeur que conformément aux règles du Droit civil, ainsi que nous le verrons tout à l'heure (4).

(1) Cass., 21 juin 1827, S., 8, 1, 622; D., 27, 1, 280.
(2) Agen, 6 janv. 1828, S., 9, 2, 2; D., 28, 2, 160.
(3) S., 63, 2, 29.
(4) Voy. *inf.*, n. 2544.

Mais est-ce également vrai en ce qui touche la libération de l'acheteur qui constitue un fait distinct de l'obligation, personnel à l'acheteur, et qui n'appelle pas nécessairement l'intervention du débiteur? J'en doute, malgré l'autorité du dernier arrêt de la Cour de cassation, qui d'ailleurs se trouve en contradiction avec la jurisprudence antérieure (1).

2544. Dans tous les cas, si, bien que l'objet de la contestation fût commercial relativement à l'une des parties, le fait à prouver devait mettre une obligation à la charge de la partie qui n'a pas fait acte de commerce, la preuve testimoniale ne serait pas admissible selon les règles du Droit commercial, mais selon les règles du Droit civil. Ainsi, la convention par laquelle un auteur cède ses droits de propriété littéraire à un éditeur, bien que commerciale relativement à l'éditeur, ne pourrait être prouvée contre l'auteur que conformément aux règles du Droit civil, parce que le fait que cette preuve aurait pour résultat de mettre à sa charge n'a, quant à lui, rien de commercial (2).

2545. Il y a plus ; lors même que l'obligation serait originairement commerciale des deux parts, si elle perdait ce caractère par l'effet d'une novation qui la civiliserait, la libération alléguée par le débiteur ne pourrait plus être prouvée par témoins que conformément aux règles du Droit civil. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, s'il s'agissait de prouver la libération d'une condamnation judiciaire obtenue par suite d'une instance commerciale. La libération d'une obligation commerciale doit sans doute être considérée comme un fait commercial, parce qu'elle est de même nature que le fait auquel elle se rapporte et dont elle est la conséquence (3) ; mais il en est autrement de la libération d'une condamnation judiciaire, qui oblige le débiteur autrement qu'il n'était primitivement obligé et qui n'est pas régie par les lois commerciales (4).

Toutefois, le contraire a été jugé par deux des arrêts de la

(1) V. Dans le sens de cet arrêt, M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 461.
(2) Pardessus, n. 308 ; Douai, 6 août 1851, S., 51, 2, 806.
(3) Voy. *inf.*, n. 2577.
(4) Cass., 5 fév. 1812, S., 4, 1, 21.

Cour de cassation, l'un du 14 février 1827 (1), l'autre du 6 avril 1841 (2). Le premier de ces arrêts tranche la question plutôt qu'il ne la résout; quant au second, il s'attache à la résoudre; mais, outre que ces motifs ne me paraissent pas satisfaisants, il a été rendu dans une espèce où la preuve testimoniale était évidemment admissible et où le fait de la condamnation judiciaire ne pouvait exercer aucune influence sur la solution de la difficulté. Voici ce dont il s'agissait :

Le sieur Duprat avait vendu des eaux-de-vie aux sieurs Baraignes et Bourratière. Ces eaux-de-vie n'ayant pas été livrées à l'époque dite, il y eut procès, en suite duquel un jugement, confirmé en appel, condamna le sieur Duprat à en faire la livraison. Depuis, une transaction intervint entre les parties, par laquelle les sieurs Baraignes et Bourratière consentirent la résiliation du marché, à la charge par le sieur Duprat de leur restituer une somme de 8,000 francs qu'il avait reçue à compte du prix de son eau-de-vie. Par suite de cette transaction, plusieurs payements furent faits par le sieur Duprat, l'un, entre autres, de 2,244 francs pour laquelle il fut donné quittance; et un autre, quelque temps après, lors duquel il fut donné une seconde quittance, de 5,948 francs, à valoir, était-il dit, sur plus forte somme. Ces deux sommes réunies formaient un total de 8,192 francs, qui libérait au delà le sieur Duprat. Mais les sieurs Baraignes et Bourratière soutinrent que la quittance de 5,948 francs comprenait les sommes antérieurement payées, et notamment les 2,244 francs qui avaient fait l'objet de la première quittance. Un jugement déclara le sieur Duprat libéré. Mais, sur l'appel, ce jugement fut infirmé par arrêt de la Cour d'Agen, 1er février 1838, qui, se fondant sur diverses présomptions, jugea que la quittance de 2,244 francs faisait double emploi avec celle de 5,948 fr., et que le sieur Duprat n'avait payé en tout que 5,948 francs. — Le sieur Duprat se pourvut en cassation pour violation des articles 1322, 1341 et 1350 du Code ci-

(1) S., 8, 1, 526; D., 27, 1, 141.
(2) S., 41, 1, 709.

vil, en ce que l'arrêt attaqué avait admis, pour déterminer les sommes payées, des présomptions qui n'auraient pu être admissibles que si la preuve testimoniale l'avait été elle-même (1); en ce qu'elle avait ainsi décidé la contestation par des principes uniquement applicables aux matières commerciales, bien que l'affaire commerciale, dans son origine, fût devenue purement civile par l'effet des jugements et arrêts en vertu desquels avait eu lieu la transaction qui constituait le demandeur débiteur des sieurs Baraignes et Bourratière. Ce système ne fut point admis par la Cour de Cassation, qui rejeta le pourvoi : « Attendu que le demandeur en cassation, à qui les quittances avaient été consenties, était débiteur des défendeurs éventuels à l'occasion d'une opération commerciale, savoir, une livraison d'eaux-de-vie; attendu que le jugement et l'arrêt rendus à l'occasion de l'obligation résultant de cette livraison n'avaient point changé le caractère commercial de cette obligation, puisque les jugements et arrêts ne créent point les droits; mais seulement déclarent les droits et les rendent efficaces... » D'où la Cour de cassation conclut que la Cour d'appel a pu juger l'affaire d'après les principes commerciaux et admettre, soit la preuve testimoniale, soit les présomptions pour la constatation des payements réellement opérés.

Il est d'abord à remarquer qu'il ne s'agissait nullement, dans la cause, de l'exécution d'une condamnation judiciaire, mais seulement d'une obligation essentiellement commerciale, soit dans son principe, soit dans l'état où elle se trouvait par suite de la transaction qui, intervenue entre les parties, avait substitué l'obligation conventionnelle de restituer le prix des marchandises, à l'obligation judiciaire de livrer ces mêmes marchandises. La théorie de la Cour de cassation sur l'effet novatoire des jugements rendus à l'occasion d'une opération commerciale, était donc complétement inutile, et cette inutilité explique comment la cour l'a laissé s'introduire dans un arrêt qui se justifiait par d'autres considérations. Quant à cette théorie en elle-même, elle repose sur une confusion

(1) Voy. *inf.*, sect. III.

manifeste. Suivant la Cour, les jugements et arrêts rendus sur une obligation commerciale ne changeraient point le caractère commercial de cette obligation, parce que les jugements et arrêts ne créent point les droits, mais seulement les déclarent et les rendent efficaces. Sans doute, déclarer un droit, le rendre efficace, n'est pas le créer; mais sans le créer, une décision judiciaire en change le caractère, en ce sens, qu'il substitue une obligation judiciaire à une obligation conventionnelle; de telle sorte, que le débiteur qui se libère exécute l'obligation judiciaire et non l'obligation conventionnelle, et que la preuve de cette libération est, dès lors, régie par les règles propres aux jugements et non par les règles propres aux obligations conventionnelles, civiles ou commerciales. L'exécution d'une condamnation substituée par un jugement à une obligation commerciale constitue si peu une affaire commerciale, qu'elle est de la compétence exclusive des tribunaux civils qui sont chargés de pourvoir à cette exécution sans avoir à se préoccuper de la nature des obligations en vertu desquelles le jugement a été obtenu.

2545 *bis*. En matière commerciale, la preuve testimoniale est admissible non-seulement relativement aux actes dans lesquels les intéressés sont parties, mais encore relativement à ceux vis-à-vis desquels les intéressés sont des tiers. Ainsi au cas de subrogation consentie par un commerçant à un autre commerçant, la preuve testimoniale peut être admise pour établir l'existence de la subrogation vis-à-vis des tiers et spécialement pour établir la réalité du paiement par le subrogé au subrogeant, et la concomitance de ce paiement avec la subrogation (1).

2546. Il est du reste à remarquer que l'admissibilité de la preuve testimoniale dépend de la nature de l'affaire et non de la juridiction devant laquelle l'action est pendante. Si donc, de sa nature, la convention ne peut être prouvée que par écrit, elle ne devient pas susceptible de la preuve testimoniale par cela seul qu'à raison de sa qualité le défendeur

(1) Cass., 2 juin 1863, S., 63, 1, 335.

se trouve soumis à la juridiction commerciale (1). Mais réciproquement, si à raison de la qualité d'un défendeur non-commerçant l'affaire est portée devant un tribunal civil, la preuve testimoniale ne cesse pas d'être admissible quand la nature de la demande formée par un commerçant comporte ce mode de preuve.

Cependant bien qu'une demande reconventionnelle formée devant un tribunal de commerce n'ait aucun caractère commercial, la preuve testimoniale n'en est pas moins admissible si la demande reconventionnelle ne peut être appréciée distinctement de la demande principale qui est soumise à la preuve testimoniale (2).

2547. La Cour de Paris a jugé, le 25 août 1832 (3), que la preuve testimoniale n'était pas admissible pour établir le fait duquel devait résulter la compétence du tribunal de commerce contestée entre les parties. Voici l'espèce : Deligny, assigné, par François, devant le tribunal de Coulommiers, en livraison de six cents setiers de blé qu'il avait vendus, déclina la compétence du tribunal de commerce, en se fondant sur ce qu'il n'était pas commerçant et sur ce qu'en vendant le blé de sa récolte, il n'avait pas fait acte de commerce. Là-dessus, François offrit de prouver que le blé vendu ne provenait pas de la récolte de Deligny, et que celui-ci se l'était procuré par voie d'achat; de telle sorte, qu'en le lui revendant, il avait fait un acte de commerce qui le soumettait à la juridiction consulaire. Un jugement admit François à la preuve des faits articulés: mais sur l'appel interjeté par Déligny, ce jugement fut infirmé, « considérant que Déligny est cultivateur, qu'il déclare n'avoir entendu vendre que le produit éventuel de sa propre récolte; que, d'autre part, François, demandeur, n'établit pas qu'il ait fait une vente de blé d'une quantité déterminée, fût-elle supérieure à la récolte de Deligny; que la preuve testimoniale ordonnée par le tri-

(1) Agen, 6 janv. 1828, S., 9, 2, 2; Douai, 6 août 1851, S., 51, 2, 806.
(2) Cass., 8 août 1860, S., 61, 1, 535.
(3) *Journal des avoués*, t. XLIV, p. 295.

bunal serait un moyen indirect de changer la compétence établie par la loi... »

Mais cet arrêt a été justement critiqué par M. Chauveau (1). « Le tribunal de commerce, dit cet auteur, n'agit point en dehors de sa compétence, lorsqu'il apprécie cette même compétence ; il peut donc, même pour cette question, se servir de tous les moyens d'instruction qui sont mis à sa disposition par la loi. D'ailleurs, ou il retient la cause, ou il ne la retient pas. S'il ne la retient pas, l'on ne pourra se plaindre que des voies d'instruction commerciale aient été appliquées à une affaire civile, puisque cette affaire n'aura pas été jugée. S'il la retient, il n'aura pas excédé ses pouvoirs, puisqu'il ne se sera servi de la preuve testimoniale que pour parvenir au jugement d'une affaire qu'il aura reconnue être de sa compétence. » J'adopte pleinement cette opinion, qui se justifie encore par cette considération, que le point de savoir si un individu est commerçant, ou a fait acte de commerce, est un fait dont il peut être impossible de rapporter une preuve écrite ; ce qui suffit pour que la preuve testimoniale puisse être autorisée, non-seulemnt devant les tribunaux de commerce, mais encore devant les tribunaux civils (2).

2548. Je l'ai dit : la règle qui, en matière commerciale, admet la preuve par témoins, quelle que soit la valeur de la contestation ou celle de la chose qu'il s'agit de prouver, cesse d'être applicable dans tous les cas où il s'agit d'un fait, d'une obligation ou d'une libération, pour la preuve desquels la loi exige un acte écrit. Il est clair, en effet, que lorsque la loi détermine un mode spécial de preuve pour la constatation d'une obligation ou d'une libération, elle exclut par cela même tous les autres. Il ne peut y avoir, en principe, aucune difficulté sur le sens des dispositions de cette nature, qui, d'ailleurs, ne sont pas particulières au Droit commercial, et dont le Droit civil fournit aussi des exemples, en interdisant la preuve testimoniale de certains actes, même dans les limites détermi-

(1) Sur Carré, n. 1539 *ter*.
(2) C. civ., 1348. — Voy. *sup.*, n. 2536.

nées par l'article 1341 du Code civil. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1715, on ne peut prouver par témoins un bail qui n'a reçu aucune exécution, et, qu'aux termes de l'article 2044, toute transaction doit être rédigée par écrit. La difficulté consiste uniquement à savoir quels sont les cas dans lesquels un acte écrit est requis d'une manière tellement absolue, que tout autre mode de preuve, et notamment la preuve par témoins, soit admissible.

Nous allons passer en revue les cas principaux dans lesquels la question peut se présenter.

2549. Je commence par le contrat de société; et d'abord, par les sociétés civiles, pour mieux éclairer la question en ce qui touche les sociétés commerciales.

L'article 1834 du Code civil porte : « Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs. » Cet article, qui fait ainsi au contrat de société une application spéciale de la disposition générale de l'article 1341, n'a pas eu pour but de faire de l'écriture une des conditions essentielles de la perfection de ce contrat, ni une preuve indispensable de son existence : il a seulement voulu proscrire les anciennes sociétés tacites ou taisibles, très-fréquentes dans notre ancien droit, surtout entre les cultivateurs (1) ; laissant, d'ailleurs, la preuve des sociétés civiles sous l'empire des règles du droit commun, de telle sorte qu'en l'absence d'un acte écrit, elles peuvent être établies par la preuve testimoniale ou par les présomptions, dans tous les cas où les règles générales du Droit civil admettent ces différents modes de preuve (2). Les auteurs vont également jusqu'à décider qu'en matière de société civile, la loi n'attache à la preuve écrite aucune forme sacramentelle; qu'il n'est pas nécessaire de rapporter un acte soit authentique, soit sous seing privé, et qu'elle se contente de tout écrit quelconque attestant que les parties reconnaissent qu'elles sont

(1) Voy. les opinions de MM. Treilhard, Bouteville et Gillet, dans M. Locré, t. XIV, p. 519, 532 et 550.

(2) M. Duvergier, *Des sociétés*, n. 66 et suiv. ; M. Troplong, *ibid.*; n. 200 et suiv. ; Cass., 17 fév. 1858, S., 58, 1, 461, Orléans, 26 août 1869, D., 69, 1, 185.

ou ont été associées; par exemple de la correspondance ou des actes dans lesquels les contractants auraient pris la qualité d'associés (1).

2550. Les sociétés commerciales, au contraire, au lieu d'être régies, quant à leur preuve, par les principes généraux de droit commun, sont soumises à des règles particulières, dont la rigueur déroge, non-seulement aux règles du Droit commercial sur l'administration de la preuve testimoniale, mais encore aux règles du Droit civil. Ainsi, les sociétés de commerce, en nom collectif ou en commandite, doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, faits en autant d'originaux qu'il y a d'associés (2) ; et les sociétés anonymes qui aux termes de l'article 40 du Code de commerce devaient être formées par actes publics peuvent aujourd'hui aux termes de l'article 21 de la loi du 24 juillet 1867 être formées par acte sous seing privé. Et, tandis que les sociétés civiles peuvent être prouvées par toute espèce d'écrit et par la preuve testimoniale, quand il y a un commencement de preuve écrite, la preuve des sociétés commerciales ne peut résulter que d'un acte ou contrat spécialement destiné à en constater les conditions et les clauses, et ne peut être faite par témoins, même dans les cas où le droit civil admet ce mode de preuve. Cela résulte de toutes les dispositions sur cette matière, qui, au lieu d'exiger simplement, comme l'article 1834 du Code civil, que les sociétés soient rédigées par écrit, sans déterminer aucun mode d'écriture, veut impérativement qu'elles soient constatées par des *actes* publics ou sous signature privée, ce qui suppose la nécessité d'un acte exprès et exclut à la fois les documents écrits, tels que la correspondance, et, par conséquent, la preuve testimoniale qui ne peut être admise là où les preuves écrites ne le sont pas indifféremment. Cela résulte encore de l'article 42 du Code de commerce, qui exige, à peine de nullité, la publication et l'affiche d'un extrait des actes de société, disposition incompatible avec l'admission

(1) Voy. M. Troplong, *ubi sup.*, n. 203 et suiv.
(2) C. com., art. 39.

d'une preuve écrite autre que celle qui résulte d'un acte exprès, soit, à plus forte raison, de la preuve testimoniale.

Cette différence essentielle entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales, en ce qui touche la manière de les prouver, se justifie par les différences non moins essentielles qui se remarquent dans leur constitution. Si, en principe, les sociétés civiles sont des personnes morales, comme les sociétés commerciales (1), cependant la solidarité dans les liens de laquelle vivent les associés commerciaux fait disparaître leur individualité, qui se confond dans la personne de la société, tandis que la divisibilité des obligations sociales entre les associés civils conserve à chacun leur personnalité, de telle sorte qu'il est vrai de dire que le principe, qui fait des sociétés des personnes morales distinctes de la personne même des associés, ne reçoit ses conséquences les plus importantes que dans les sociétés commerciales. On comprend, dès lors, comment la loi commerciale a voulu que la naissance de cette personne morale fût constatée d'une manière spéciale qui ne permît, ni aux parties intéressées, ni aux tiers, de la désavouer ou d'en contester l'existence. Quand les tiers contractent avec une société civile, ils contractent avec chaque associé individuellement ; quand ils contractent avec une société commerciale, ils contractent avec l'être moral dans lequel se résument toutes les forces sociales ; le bon ordre du commerce était donc intéressé à ce que la constitution des sociétés, qui fait intervenir une personne nouvelle dans les transactions commerciales, fût constatée d'une manière certaine, et dont la preuve ne dépendît pas du hasard des circonstances et de l'arbitraire des interprétations.

Aussi, si pendant longtemps les sociétés commerciales ont pu être constituées sans acte écrit et même tacitement, *non solùm consensu verbis expresso, sed etiam tacito, quod ex actibus elicitur* (2), on sentit cependant de bonne heure la nécessité d'en constater l'existence par des actes qui les missent en dehors du doute et de la controverse. En France, l'ordonnance

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1940.
(2) Rote de Gênes, *décis*, 31, n. 2.

de Blois de 1569 commença d'abord par soumettre à la nécessité d'une publication les sociétés entre étrangers (1). L'ordonnance de janvier 1629 imposa les mêmes conditions aux associations qui avaient lieu entre Français (2) ; et l'ordonnance de 1673 compléta ces dispositions, en exigeant formellement une preuve écrite dont les ordonnances antérieures supposaient la nécessité, par cela même qu'elles prescrivaient un enregistrement et une publication. Il est vrai que ces dispositions, malgré leur sagesse, tombèrent en désuétude par la faute des commerçants, qui aimèrent mieux moins d'entraves et moins de sécurité, et par la faute des tribunaux, qui ne surent pas ramener les dissidents à l'observation d'une loi d'ordre public. Mais aujourd'hui les parties et les tribunaux comprennent mieux leurs devoirs, et le Code de commerce est mieux obéi que les ordonnances auxquelles il a succédé.

Donc, dans l'état actuel du Droit commercial, aucune preuve ne peut suppléer au défaut de l'acte social, soit authentique, soit sous seing privé.

2551. Toutefois, il faut bien remarquer que l'acte écrit étant exigé surtout dans l'intérêt des tiers, l'absence de cet acte écrit ne peut leur préjudicier, en ce sens qu'ils sont toujours recevables à prouver, par toutes sortes de moyens et notamment par témoins, le fait d'une société non constatée par écrit, et dont les associés nieraient l'existence ; en d'autres termes, le défaut d'un acte constitutif de la société ne peut être opposé aux tiers par les associés (3). Au contraire, les tiers peuvent toujours opposer aux associés la nullité de la société non constatée par écrit, et les prétendus associés ne peuvent jamais recourir à la preuve testimoniale, ni aux présomptions, pour établir à l'égard des tiers l'existence d'une société

(1) Voulons que toutes compagnies, jà faites ou qui se feront ci-après entre les étrangers étant en notre royaume, soient inscrites et enregistrées aux registres des bailliages et sénéchaussées, et hôtels communs des villes, où ils seront tenus nommer tous leurs participants et associés, sous peine de faux. (Art. 358.)

(2) Voulons que l'art. 358 de l'ordonn. de Blois touchant la publication des associations entre marchands et désistement d'icelles ait lieu entre nos sujets ainsi qu'il est ordonné pour les étrangers. (Art. 414.)

(3) C. com., 42.

qui n'a pas été constituée de la manière impérieusement exigée par la loi (1).

2552. Mais quelque rigoureuse et absolue que soit la disposition qui veut que toute société commerciale soit constatée par acte écrit, cependant cette disposition ne regarde pas les rapports des associés entre eux. Ceux-ci peuvent établir par toute sorte de preuve la société de fait qui les unit. La société sera nulle pour l'avenir, en ce sens que chacun des associés pourra s'en dégager quand il le voudra ; mais elle produira des effets pour le passé, en ce sens que les associés se devront respectivement compte, selon les règles du Droit commun, des opérations qui auront été faites, et de la perte ou du gain qui en aura été le résultat (2). La loi peut bien faire qu'une société qui n'a pas été régulièrement constatée soit nulle, mais elle ne peut faire qu'elle n'ait pas existé, qu'elle n'ait pas fonctionné. Des mises ont été faites qui appartiennent à quelqu'un ; s'il y a eu des profits, il faut les partager ; s'il y a eu des pertes, il faut les payer. La nullité ne regarde donc que l'avenir et elle respecte le passé : dès lors les faits accomplis, ayant un caractère commercial, peuvent être établis par la preuve testimoniale suivant les règles générales admises en matière de commerce.

En résumé, l'existence des sociétés commerciales ne peut être établie à l'encontre des tiers que par un acte écrit ; mais les tiers peuvent prouver l'existence de la société à l'encontre des associés par toute sorte de preuves, et spécialement par témoins ; et, bien que la société non constatée par écrit soit nulle à l'égard des associés eux-mêmes, ceux-ci, quand il s'agit d'établir pour le passé leurs droits respectifs, peuvent également recourir à la preuve testimoniale comme à tous autres modes de preuves admis en matière commerciale.

2553. Du reste, ces règles ne sont pas applicables aux associa-

(1) Cass., 23 nov. 1812, S., 4, 1, 230 ; Bordeaux, 14 déc. 1840, S., 42, 2, 13 ; Nancy, 25 avril 1853, S., 55, 2, 535 ; Colmar, 23 juin 1857, S., 58, 2, 198 ; Pardessus, n. 1007 ; M. Troplong, *Des sociétés*, n. 229 et suiv.

(2) Savary, *Parère*, 40, p. 328 ; M. Duvergier, sur la loi du 31 mars 1833 ; M. Troplong, *Des sociétés*, n. 227 ; M. Delangle, t. II, n. 509.

tions en participation, qui peuvent être constatées par la représentation des livres, par la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise (1). Cette exception tient à deux causes : d'abord à l'objet des associations en participation qui ne s'appliquent pas ordinairement à un ensemble d'affaires, mais à certaines opérations déterminées excluant les formes qui supposent un état permanent ou prolongé ; et ensuite à la nature même de cette espèce d'association, qui, bien différente des sociétés proprement dites, ne se personnifie point et ne constitue pas, en dehors des associés, une personne morale dont l'existence ait besoin d'être constatée par un acte spécial (2).

2554. Le contrat de change et la lettre de change donnent également lieu, relativement à l'admission de la preuve testimoniale, à quelques questions qui ne sont pas sans intérêt.

Le contrat de change est la convention par laquelle une personne s'oblige à faire payer une somme à une autre personne, ou à celui qui en exerce les droits, dans un lieu déterminé autre que celui où s'est passé le contrat. La lettre de change est l'expression du contrat de change, le titre qui le met en activité et qui le réalise, et au moyen duquel la somme qui fait l'objet du contrat est recouvrée par celui au profit duquel la lettre de change a été créée, ou par celui qui le représente.

Rien n'empêche que le contrat de change, ou, ce qui revient au même, l'obligation de fournir une lettre de change sur un lieu convenu, soit prouvé par témoin. Considéré comme obligation de donner, ou comme obligation de faire, le contrat parfait par le seul consentement des parties n'a pas besoin du secours de l'écriture (3).

2555. Mais quant à la lettre de change, qui est le titre au moyen duquel le bénéficiaire ou ceux auxquels il a transmis ses droits peuvent toucher la somme stipulée, dans le lieu dé-

(1) C. com., art. 49.

(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1982.

(3) Scaccia, *De com.*, § 1. quæst. 5, n. 10 : *In contractis cambii de pecuniâ præsenti cum pecuniâ absenti, scriptura non est de essentiâ contractûs cambii, præsertim si loquamur in foro interiori, sed requiritur solùm ad probationem et celerem contractûs executionem in foro exteriori.*

terminé, il est bien clair que rien ne peut suppléer à l'absence d'un titre destiné à circuler comme une sorte de monnaie de confiance; et que le droit qu'on peut avoir au titre ne saurait remplacer le titre lui-même, dont la détention matérielle est un des éléments des droits du possesseur. Vainement donc prouverait-on l'existence du contrat de change, cela ne suffirait pas pour conférer au bénéficiaire, ou à ceux qui le représentent, les droits qui résultent de la possession même de la lettre de change. En cette matière, la preuve testimoniale se trouve donc naturellement interdite, comme toute autre preuve, par défaut d'intérêt.

2556. Il n'y a qu'un seul cas où l'existence d'une lettre de change non représentée peut être prouvée : c'est quand une lettre de change a été perdue. (1) Mais dans ce cas même la propriété de la lettre de change, qui en suppose l'existence, ne peut être prouvée par témoins. Le réclamant doit, aux termes de l'article 152 du Code de commerce, justifier de sa propriété par ses livres. Le projet du Code ajoutait : *ou par sa correspondance*. Au conseil d'État ces mots furent retranchés. Le tribunal en demanda le rétablissement, en se fondant sur ce que les lettres missives reçues, ne devant pas être transcrites sur les livres, mais seulement être mises en liasse, on pouvait trouver dans une lettre une preuve qui ne se trouverait pas dans les livres. Mais le conseil d'État, se fondant précisément sur ce que les lettres reçues par un commerçant n'ont pas besoin d'être transcrites, et qu'il suffit de les conserver en liasse, de telle sorte qu'il devient ainsi possible d'intercaler des lettres concertées, persista dans sa première résolution. Cependant, comme le fait très-bien remarquer M. Locré, qui nous transmet ces détails (2), il ne faut pas conclure de là que la correspondance ne puisse jamais être consultée. On n'a pas entendu défendre aux juges d'avoir égard à la correspondance lorsqu'elle sert à interpréter les livres, avec d'autant plus de

(1) Un arrêt de la cour de Paris du 19 nov. 1866, D., 67, 2, 47, a assimilé la rétention frauduleuse de la lettre de change par le débiteur qui a disparu à la perte de la lettre de change.

(2) Sur l'art. 152.

raison qu'au nombre des livres se trouve celui des copies de lettres ; on a seulement voulu exclure une preuve qui ne reposerait que sur la correspondance (1).

On a voulu également par là exclure toute preuve qui, ne reposant pas principalement sur les livres, serait induite de documents émanés de l'une ou de l'autre des parties (2).

Du reste, si la propriété de la lettre de change était réclamée par un individu non-commerçant, qui par conséquent ne serait pas tenu d'avoir des livres, il est bien manifeste qu'on ne pourrait le renfermer dans l'obligation de fournir un mode de preuve auquel il ne serait pas préparé. Alors il deviendrait indispensable de consulter la correspondance ou tous autres documents écrits (3). Mais je ne crois pas qu'il y eût lieu d'admettre la preuve testimoniale, à moins toutefois qu'il n'y eût un commencement de preuve par écrit.

2557. Nous avons vu tout à l'heure que le contrat de change, ou, ce qui revient au même, l'obligation de fournir une lettre de change, peut être prouvé par toutes sortes de preuves, et spécialement par témoins (4). En est-il ainsi quand la preuve du contrat de change a pour objet, non d'établir l'obligation contractée par le tireur de fournir une lettre de change, mais d'établir les obligations du bénéficiaire auquel la lettre de change aurait été fournie et qui serait encore débiteur envers le tireur de la lettre de change. Supposons deux commerçants en compte courant : lors de l'arrêté de compte, l'un deux porte à son crédit une lettre de change qu'il prétend avoir fournie à l'autre, et dont il fait figurer le montant en capital et intérêts, au débit de ce dernier ; celui-ci nie que la lettre de change lui ait jamais été fournie. Comment le tireur parviendra-t-il à établir qu'il a réellement fourni la lettre de change du montant de laquelle il se prétend créancier?

Il est bien évident qu'on ne pourrait l'astreindre à représenter la lettre de change elle-même, puisqu'elle a été remise

(1) E. Vincens, t. II, n. 274.
(2) Cass., 24 juin 1863, S., 63, 1, 341.
(3) Pardessus, n. 410 ; E. Persil, p. 252 ; M. Nouguier, t. I, n. 340.
(4) Voy. *sup.*, n. 2554.

au bénéficiaire : une lettre missive portant un accusé de réception serait donc une preuve suffisante (1). Mais il est bien évident aussi que cette preuve ne serait pas non plus une preuve nécessaire, puisqu'elle dépendrait uniquement de l'obligé ou du bénéficiaire qui pourrait, en n'accusant pas réception de la lettre de change, enlever au tireur tout moyen d'en prouver l'envoi. Il faut donc de toute nécessité admettre toute sorte de preuves et de documents écrits, tels que les livres et la correspondance. Je ne vois même aucune raison pour ne pas admettre la preuve testimoniale, dès que la matière est essentiellement commerciale, et qu'elle ne rentre pas dans les cas exceptionnellement soumis à un mode particulier de preuve. *Realitas cambii,* disait très-bien Casaregis, *justificatur etiam ex scartafaccio à mercatore misso ad nundinas in quo legitur descriptum cambium ;... ex descriptione factâ in libris mercatoris ex optimâ opinione, bonâ famâ, integritate mercatorum plenè in facto justificatâ ex dispositione duorum testium, et ex aliis circumstantiis.., quod sufficit quia realitas cambii, etiam quando non ostenduntur litteræ* dell' andata e del ritorno, *ab aliis conjecturis circumstantiis et demonstrationibus desumi et probari potest* (2). Telle est également l'opinion du cardinal de Luca (3), qui fait, il est vrai, remarquer en passant que la Rote romaine exigeait toujours la représentation des lettres *dell' andata* et *del ritorno*, c'est-à-dire de la lettre d'envoi ou de l'accusé de réception ; mais cette opinion plus que rigoureuse s'explique par la crainte dont étaient dominés les tribunaux romains de donner des facilités à l'usure, qui se déguisait souvent alors sous les apparences du change, à l'aide d'une simulation qu'on essayait de déjouer par les difficultés dont on entourait la preuve du contrat (4).

(1) *Ad hunc præcisum effectum realitatis cambii, sub eâ ratione quòd aliæ litteræ* dell' andata *remanent semper penès responsalis, quibus missæ sunt, simpliciter et absolutè superabundare litteras* del ritorno. Ansaldus, *Disc.* 75, n. 6. *Est quidem verum quòd non requiruntur omnes litteræ accessûs vel recessûs sed istæ tantùm vulgò nuncupatæ* del ritorno *judicantur sufficientes.* De Luca, *De cambiis, Disc.*, 2, n. 5.

(2) *Disc.*, 217, n. 25.

(3) *De camb., disc.* 2, n. 9.

(4) Ansaldus, *Disc.*, 66, n. 17.

2558. Ce que je viens de dire de la preuve du contrat de change s'applique à la preuve de la cession de la lettre de change ; on peut prouver par toute sorte de moyens et, par conséquent, à l'aide de la preuve testimoniale, que le porteur d'une lettre de change en a cédé la propriété à un tiers, de même qu'on peut prouver par témoins qu'une personne s'est engagée à fournir une lettre de change à un tiers ; il y a, entre les deux cas, une analogie parfaite qui permet d'établir la même analogie entre les moyens de preuve. Mais, de même que la preuve du contrat de change, quand elle ne résulte pas de la lettre de change, ne peut donner à celui à qui la lettre est due aucun des droits qui résultent contre les tiers de la détention d'un titre de cette nature (1), de même aussi la cession d'une lettre de change, quand elle ne résulte pas d'un endossement, mais d'une preuve extrinsèque écrite ou orale, ne peut donner au cessionnaire les droits qui sont de l'essence d'un endossement, c'est-à-dire d'une transmission constatée sur le titre cédé lui-même.

2559. La preuve de l'acceptation d'une lettre de change par celui sur qui elle est tirée donne lieu à des difficultés du même genre.

Aux termes de l'article 122 du Code de commerce, l'acceptation d'une lettre de change doit être signée; elle est exprimée par le mot *accepté ;* elle est datée, si la lettre est à un ou plusieurs jours de vue.

Il résulte clairement de cet article, que l'acceptation d'une lettre de change doit être écrite, puisque cette acceptation doit être signée et datée ; et que, dès lors, elle ne peut être donnée verbalement, ni, par conséquent, être prouvée par témoins. Cette disposition complète celle de l'ordonnance de 1673, qui se bornait à dire que les lettres de change seraient acceptées par écrit (2), sans, d'ailleurs, en prescrire la forme. L'une et l'autre, au surplus, sont une innovation à ce qui se pratiquait autrefois, sinon généralement, du moins à Lyon, conformément aux usages introduits par une ordonnance de Barcelonne,

(1) Voy. *sup.*, n. 2555.
(2) Tit. V, art. 2.

du quatorzième siècle, qui permettait les acceptations verbales (1). A Lyon, particulièrement, l'acceptation d'une lettre de change payable en foire se faisait de vive voix dans les réunions préalables, où les commerçants se communiquaient réciproquement les lettres de change qu'ils avaient les uns sur les autres, et où chacun s'expliquait sur l'accueil qu'il entendait faire à celles qui lui seraient présentées (2).

Aujourd'hui, ces acceptations verbales sont prohibées. Il y a plus : c'est une question que de savoir si l'acceptation d'une lettre de change peut être valablement donnée par acte séparé et spécialement par lettre missive. A cet égard, je pense que les formes imposées à l'acceptation, par l'article 122 du Code de commerce, ne peuvent s'appliquer qu'à une acceptation donnée sur la lettre de change même, et que ces formes sont, par conséquent, exclusives d'une acceptation manifestée par un acte séparé, soit par lettres missives, soit autrement (3). Peu importe qu'autrefois l'usage ait admis les acceptations par lettres missives (4). Cet usage ne doit par avoir plus de force aujourd'hui que l'usage qui admettait les acceptations verbales. Il est bien vrai que l'article 122 ne dit pas en termes exprès que l'acceptation sera donnée sur la lettre de change même, et qu'il a été dit au conseil d'État, lors de la discussion de cet article, « que puisque la loi n'excluait pas l'acceptation par lettres missives, on en conclurait naturellement qu'elle la permettait » (5). Mais, d'une part, il me semble que l'article 122 fait mieux que d'exclure en termes exprès l'acceptation par lettres missives, puisqu'en disant que l'acceptation est exprimée par le mot *accepté*, il suppose évidemment qu'elle ne peut

(1) Cette ordonnance se trouve à la suite du *Consulat de la mer*.

(2) Ferrières, *Dict. de droit*, v° *Acceptation*, t. I, p. 16.

(3) Cass., 16 mars 1823, S., 7. 1, 227 ; D., 6, 621 ; 16 mars 1825, S., 8, 1, 79 ; D., 25, 1, 206 ; Paris, 22 mars 1836, S., 36, 2, 460 ; D., 36, 2, 83 ; Cass., 27 juin 1859, S., 60, 1, 121 ; E. Persil, *De la lettre de change*, sur l'art. 122, C. com., n. 7. — Voy. aussi, Cass., 14 mai 1862, S., 62, 1, 719 et Paris, 19 mars 1864, S., 65, 2, 112.

(4) Puttmann, *Principes de droit en matière de lettres de change*, § 99 ; Claproth, *Traité de la procédure*, p. 185 ; Phoonsen, *Usages et coutumes d'Amsterdam*, ch. x, § 10.

(5) Locré, sur l'art. 122, n. 2.

pas être donnée par lettres missives; car, dans une lettre missive, il n'y a ni termes sacramentels, ni équivalents : il y a des phrases, des circonlocutions, de la forme desquelles le législateur n'a jamais à s'occuper. Le sens de l'article 122 est, d'ailleurs, clairement expliqué par l'article 125, aux termes duquel la lettre de change doit être acceptée à sa présentation, ou, au plus tard, dans les vingt-quatre heures de la présentation, et rendue dans le même délai, acceptée ou non acceptée; ce qui ne permet pas de douter que l'acceptation, dont le législateur écrit la forme et détermine les effets, soit une acceptation écrite sur la lettre présentée au tiré par le porteur. D'un autre côté, si les opinions émises dans la discussion des lois, au milieu des conseils qui les préparent, doivent être prises en considération quand il s'agit de déterminer un sens douteux ou d'éclairer une rédaction obscure, il faut bien se garder de leur accorder une autorité irréfléchie quand elles se trouvent en contradiction avec le sens naturel et clair d'un texte législatif. Ce ne sont plus alors que des paroles échappées dans l'entraînement de la discussion, qui expriment, si l'on veut, l'opinion personnelle de celui qui les a prononcées, mais qui ne peuvent prévaloir contre la loi, sous prétexte de l'interpréter. Je ne saurais donc me ranger à l'opinion des auteurs qui se fondant soit sur les anciens usages, soit sur les quelques mots prononcés dans la discussion au conseil d'État, valident les acceptations par acte séparé ou par lettres missives (1).

2560. Cependant il faut bien s'entendre sur la nullité d'une acceptation, soit verbale, soit faite par acte séparé ou par lettres missives : cette nullité n'est pas absolue; en d'autres termes, l'acceptation n'est nulle qu'en ce qui touche ses rapports avec le contrat de change, et en tant qu'acceptation, en ce sens qu'elle ne peut produire, au profit des porteurs successifs, les effets attachés par la loi commerciale à une acceptation régulière; mais elle vaut comme simple promesse de payer,

(1) Voy. M. Locré, sur l'art. 122; M. Merlin, *Répert.*, v° *Lettre de change*, § 4, n. 10; M. Pardessus, n. 367; M. E. Vincens, t. II, p. 260; M. Nouguier, t. I, p. 226; M. Alauzet, t. II, n. 841. — Voy. aussi Cass., 15 mai 1850, S., 50, 1, 444.

relativement à celui envers lequel cette promesse a été prise, parce que, quel que puisse être le motif ou la cause déterminante d'une promesse, cette promesse, considérée en elle-même, ne peut être assujettie à aucune formalité particulière tant qu'on ne cherche pas à lui faire produire les effets que la loi attache à l'emploi d'une forme spéciale. Il suit de là, que le tiré qui promet, soit verbalement, soit par lettre missive au porteur d'une lettre de change, d'en payer le montant, devient l'obligé de celui à qu'il a fait cette promesse. Mais il n'en est pas l'accepteur, en ce sens que le porteur ne peut, au moyen d'un endossement, transmettre aux porteurs subséquents les droits qui résultent pour lui de cette promesse, et que, si le tiré n'est pas commerçant ou si la lettre de change n'a pas une cause commerciale, il ne peut agir commercialement contre lui pour le contraindre à exécuter l'obligation qu'il a contractée (1).

2561. Il suit de là encore, que la promesse de payer une lettre de change, considérée comme obligation ordinaire contractée, soit au profit du tireur, soit au profit d'un porteur, mais non comme acceptation régulière et proprement dite, peut, dans l'intérêt exclusif de celui envers qui elle a été contractée, être prouvée par témoins, dans tous les cas, si la matière est commerciale, et dans les cas où la loi civile admet la preuve par témoins, si la matière est civile.

2562. La nécessité d'un acte ou d'une preuve écrite et, par conséquent, l'exclusion de la peuve testimoniale, se rencontrent souvent dans les contrats maritimes.

Ainsi, aux termes de l'article 195 du Code de commerce, la vente, même volontaire, d'un navire, doit être faite par écrit, soit par acte public, soit par acte sous signature privée. Il suit de là que la preuve par témoins n'en peut être admise. Sans doute, si une vente verbale était avouée ou reconnue par les parties, elle devrait recevoir son exécution ; mais ni l'une ni l'autre des parties ne serait recevable à demander à faire

(1) Cass., 16 mars 1825, S., 8, 1, 79, et Paris, 22 mars 1836; *Ibid.*, 36, 2, 460.

la preuve d'une vente non avouée et dont elle ne rapporterait pas un acte écrit (1).

2563. On peut en dire autant du contrat de louage d'un vaisseau connu sous le nom de charte-partie, de nolissement ou d'affrétement. Suivant l'article 273 du Code commerce, cette convention doit être rédigée par écrit. Elle ne peut donc être prouvée par témoins. Mais comme l'article 273, à la différence de l'article 195, se contente d'exiger une preuve écrite sans limiter cette preuve écrite aux actes authentiques ou sous signature privée, il en résulte qu'en l'absence d'un acte proprement dit, le contrat peut être prouvé par toutes sortes de documents écrits, notamment par la correspondance et les livres des parties, et mieux encore par le connaissement qui est l'acte constatant la remise faite au capitaine des marchandises qu'il s'est chargé de transporter (2).

2564. Quant à la remise des marchandises au capitaine, elle peut être prouvée de toute autre manière que par un connaissement. Le connaissement est la preuve directe du changement, mais il n'en est pas la preuve nécessaire. On peut donc y suppléer par toute sorte de preuve écrite et même par la preuve testimoniale (3). Cependant, un auteur (4) n'admet la preuve testimoniale du chargement qu'avec des restrictions qui ne me semblent pas admissibles. Après avoir dit que dans le cas où le connaissement est nul, la partie intéressée serait admise à justifier le fait du chargement par d'autres moyens, tels que le manifeste, les expéditions de douanes, les lettres d'avis du chargeur, les attestations de l'équipage, etc., il ajoute : « que ce connaissement, même irrégulier, devrait toujours être admis comme un commencement de preuve par écrit, dans le sens des règles tracées par l'article 1347 du Code civil ; » de telle sorte que cet auteur

(1) Pardessus, n. 607 ; Dageville, t. II, p. 47. — Voy. Bordeaux, 22 août 1860, S., 61, 2, 49, et Cass., 3 juin 1863, S., 63, 2, 287.

(2) *Ibid.*, n. 708.

(3) Cass , 18 fév. 1863, S., 63, 1, 498.

(4) Dageville, t. II, p. 375.

paraît n'autoriser la preuve par témoins de la réalité du chargement, que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. C'est, je crois, une erreur. Il n'y a, en effet, aucun motif pour subordonner la preuve d'un fait essentiellement commercial aux règles du Droit civil. Si le Code de commerce disait que le chargement doit être prouvé par écrit, ou qu'une preuve écrite peut seule remplacer le connaissement, on comprendrait que la preuve testimoniale ne fût pas admissible ou qu'elle ne pût être admise qu'autant qu'elle s'appuierait sur un commencement de preuve par écrit. Mais il n'en est pas ainsi ; le Code se borne à déterminer la forme et la condition de validité du connaissement. S'il résulte nécessairement de là, que le connaissement non conforme aux prescriptions de la loi est nul et ne peut pas faire preuve, il n'en résulte pas qu'on ne puisse, en l'absence d'un connaissement, toujours recourir aux modes de preuves qui, en matière de commerce, sont de droit commun, et par conséquent, à la preuve testimoniale. Subordonner l'admission de cette preuve aux conditions du Droit civil, c'est donc renoncer, sans motif, aux priviléges du Droit commercial.

2565. Des questions analogues se présentent en matière de contrat à la grosse et d'assurances maritimes.

L'article 311 du Code de commerce porte que le contrat à la grosse est fait devant notaire ou sous signature privée. Suivant l'article 332, le contrat d'assurances est rédigé par écrit. De ces deux dispositions conçues dans des termes différents, mais dont le sens est le même, il me paraît résulter que le prêt à la grosse et l'assurance ne peuvent être prouvés que par un *contrat* en forme, c'est-à-dire par un acte écrit constatant les conventions sous l'empire desquelles ont entendu se placer les contractants. Un acte écrit est sans doute remplacé par l'aveu des contractants, parce qu'une preuve écrite ou autre n'est nécessaire que lorsqu'il y a contestation sur l'existence d'un fait ou d'une convention; mais la convention, obligatoire pour les parties, ne pourrait être opposée aux tiers qui seraient toujours fondés à se prévaloir de ce que, en l'absence d'un contrat écrit, elle n'aurait à leur égard aucune existence légale.

2566. Cependant on a prétendu que, du moins entre les parties, le prêt à la grosse et l'assurance pouvaient toujours être prouvés par témoins, par application des règles du Droit civil, quand la somme prêtée ou la valeur assurée était audessous de 150 francs (1); et que cette preuve par témoins était également admissible au-dessus de 150 francs, avec un commencement de preuve par écrit (2). Cette opinion que sous l'ancien Droit on avait cherché à faire prévaloir (3) était combattue par Émérigon, qui se fondant sur la disposition de l'ordonnance de 1681 (4), reproduite équivalemment par le Code de commerce, décidait que cette disposition était absolue et qu'elle établissait un point de forme qui était de rigueur (5). C'est, d'ailleurs, une règle admise par les auteurs les plus anciens et les plus accrédités, qu'en matière d'assurances, l'écriture seule fixe et caractérise la volonté des parties : *Requiritur ad existentiam instrumentum assecurationis* (6). Et Émérigon applique au contrat à la grosse tout ce qu'il dit à cet égard du contrat d'assurance (7). Néanmoins, sous le nouveau Droit, l'opinion combattue par Émérigon a été reprise par plusieurs auteurs, et notamment par M. Locré (8), dont les auteurs n'ont fait que reproduire le système (9).

La Cour de Rennes, frappée de la divergence d'opinions qui, sous l'ancien Droit et malgré la précision de l'ordonnance, s'était manifestée sur l'admissibilité de la preuve testimoniale en matière de prêt à la grosse et d'assurance, avait

(1) C. civ., 1341.

(2) *Ibid.*, 1347.

(3) Valin, sur l'art. 1 du titre *Du contrat à la grosse*, et sur l'art. 2 du titre *Des assurances*.

(4) Art. 2, titre *Des assurances*. « Le contrat appelé police d'assurances sera rédigé par écrit et pourra être fait sous signature privée. »

(5 *Des assurances*, ch. II, sect. I.

(6) Kuricke, cité par Émerigon, *loc. cit.*

(7) *Des contrats à la grosse*, ch. II, sect. I, § 1.

(8) Sur l'art. 331, et sur l'art. 332, C. com.

(9) Dageville, t. II, p. 473, et t. III, p. 15; Pardessus, n. 898; M. Alauzet, t. III, n. 1296 et 1360; M. Lemonnier, t. I, n. 30.

proposé d'ajouter à l'article 311, relatif au contrat à la grosse, que « la preuve n'en serait pas reçue par témoins, quelle que fût, d'ailleurs, la modicité de la somme. » Cette proposition n'ayant pas été admise, M. Locré en conclut « que le législateur n'a pas voulu faire exception au droit commun, et s'y est, au contraire, entièrement référé ; qu'ainsi, à quelque somme que s'élève le contrat, la preuve testimoniale pourra être admise s'il y a un commencement de preuve par écrit ; et que lorsqu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale pourra être accordée s'il s'agit d'une somme au-dessous de 150 francs. » Cette opinion se fonde sur deux motifs, l'un de fait, l'autre de droit, dont le premier me semble sans aucune valeur : et dont le second repose sur une confusion, entre ce qui est de droit commun en matière commerciale et ce qui est de droit commun en matière civile.

Et d'abord, en fait, il n'est pas exact de dire que, par cela seul que la proposition additionnelle de la cour de Rennes n'a pas été admise, le conseil d'État a entendu autoriser la preuve testimoniale que cette proposition interdisait. On ne trouve dans l'ouvrage de M. Locré aucune trace de la discussion qui se serait élevée à ce sujet, d'où l'on peut conclure, ou qu'il n'y a pas eu de discussion, ou que la discussion n'a pas été favorable au système de M. Locré, puisqu'il n'est pas douteux que si dans cette discussion le conseil d'État avait manifesté l'intention d'admettre la preuve testimoniale, M. Locré n'aurait pas manqué de le dire. Il est dès lors tout aussi permis de penser, soit que la proposition de la cour de Rennes a été involontairement omise, soit qu'on l'a jugée superflue, que de croire qu'elle a été intentionnellement rejetée dans le but d'introduire la faculté de recourir à la preuve testimoniale. Il faut donc s'en tenir au texte des articles 311 et 332, ce qui nous conduit à examiner si, en droit, il est vrai de dire que ces articles, en exigeant que le contrat à la grosse et le contrat d'assurance soient rédigés par écrit, ont laissé ces contrats sous l'empire du droit commun, qui autorise la preuve par témoins avec un commencement de

preuve par écrit, quelle que soit la valeur de l'objet en contestation, et qui l'autorise sans commencement de preuve par écrit quand il s'agit d'une valeur inférieure à 150 fr.

Pour résoudre la question, il faut s'entendre sur ce que c'est que le Droit commun en ce qui touche la preuve par témoins. En matière civile, le Droit commun de la preuve par témoins est l'interdiction de cette preuve dans tous les cas où il s'agit d'une valeur de plus de 150 francs, et son admissibilité exceptionnelle dans certains cas particuliers, spécialement quand il y a un commencement de preuve par écrit. En matière commerciale, le droit commun c'est l'admissibilité de la preuve testimoniale, quelle que soit la valeur du litige, dans tous les cas où une preuve écrite n'est pas exceptionnellement exigée par une disposition expresse. Ces deux droits partent donc d'un principe diamétralement opposé, puisque dans l'un l'admissibilité de la preuve testimoniale est l'exception, et que dans l'autre elle est la règle. Il suit de là qu'ils doivent être l'un et l'autre appliqués et interprétés en eux-mêmes, et qu'on ne peut transporter de l'un à l'autre des dispositions de détail qui ne s'harmonisent pas avec l'ensemble.

Ainsi, quand une disposition particulière du Droit commercial exige une preuve écrite, on ne peut logiquement prétendre que cette preuve écrite n'est pas nécessaire, et qu'il est permis de recourir à la preuve testimoniale s'il s'agit d'une valeur inférieure à 150 fr., parce que cette distinction entre les valeurs inférieures ou supérieures à 150 fr. appartient au Droit civil et non au Droit commercial, et que la règle générale du Droit commercial étant de toujours permettre la preuve testimoniale, sans tenir compte de la valeur du litige, la règle exceptionnelle qui exige une preuve écrite, et qui doit être corrélative à la règle générale, ne peut évidemment tenir compte d'une valeur dont ne se préoccupe pas la règle générale.

Le même raisonnement s'applique à la règle exceptionnelle du Droit civil, qui autorise la preuve par témoins quand il y a un commencement de preuve par écrit. Le droit commercial,

qui ne tient aucun compte d'un commencement de preuve par écrit quand il autorise la preuve testimoniale, ne doit pas en tenir compte davantage lorsqu'il la prohibe.

Concluons de là que le contrat à la grosse et le contrat d'assurance non prouvés par écrit ne peuvent en aucun cas être prouvés par témoins (1).

2567. Du reste, cette solution ne s'applique qu'au contrat d'assurance maritime. L'assurance terrestre, contrat civil de la part de l'assuré, en admettant qu'il soit commercial de la part de l'assureur, est soumis aux règles du Droit civil, et dans tous les cas, ne saurait être régi par l'article 332 du Code de commerce, spécial aux assurances maritimes. Il suit de là que s'il doit être passé acte d'un contrat d'assurances terrestres, lorsque la valeur assurée est au-dessus de 150 francs, la preuve par témoins en est admissible avec un commencement de preuve par écrit, le tout conformément aux articles 1341 et 1347 du Code civil (2).

2568. Ceci nous conduit à remarquer qu'il y a certains contrats dont le commerce fait usage, mais qui n'en sont pas moins des contrats civils et qui se prouvent dès lors de la manière et par les moyens autorisés par le Code civil. C'est ainsi que le contrat d'apprentissage, qui n'est jamais commercial de la part de l'apprenti, ne peut se prouver par témoins que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit (3). C'est ainsi encore que même en matière commerciale le compromis par lequel les parties se soumettent à un arbritage se prouve, conformément à l'article 1005 du Code de procédure, par un acte écrit authentique ou sous signature privée, et qu'on ne pourrait se prévaloir, soit de la qualité des parties, soit de la nature de la contestation, pour prétendre que la preuve testimoniale de ce contrat est toujours

(1) Delvincourt, t. II, p. 393; E. Vincens. t. III, p. 207.

(2) MM. Grün et Joliat, *Des assur. terr.*, n. 23 et 197; M. Persil. *Assur. terr.*, n. 48; Cass., 15 fév. 1826, S., 8, 1, 280; D., 26, 1, 138; Grenoble, 18 nov. 1850, S., 53, 2, 61, et Cass., 29 mars 1859, S., 59, 1, 476, Colmar, 12 mars 1861, S., 61, 2, 561; Cass., 5 nov. 1862, S., 63, 1, 147.

(3) Loi du 22 janv. 1851, art. 2.

admissible, conformément aux règles particulières des matières commerciales.

2569. Aux exemples qui précèdent de cas dans lesquels, en matière de commerce, on ne peut recourir à la preuve par témoins, il faut encore ajouter celui où les parties auraient renoncé à ce monde de preuve en stipulant que les conventions relatives à un certain ordre d'affaires dans lequel elles sont engagées ne pourraient se prouver que par écrit. L'ordre public n'est pas plus intéressé à l'abandon de la preuve testimoniale, qu'il n'est intéressé à son emploi (1). On ne devrait donc pas suivre aujourd'hui l'opinion d'Ansaldus qui, se fondant sur l'autorité des jurisconsultes les plus sévères en fait de conventions, déclarait non avenu le pacte par lequel les parties renoncaient à la preuve par témoins (2).

2570. En résumant tout ce qui précède sur l'admissibilité de la preuve testimoniale en matière de commerce, il en résulte que les juges ont la faculté d'admettre cette preuve dans tous les cas où soit une disposition soit une convention particulière, en exigeant une preuve écrite, n'excluent pas la possibilité de la preuve orale : de telle sorte qu'en matière commerciale la preuve par témoins est la régle générale et que l'interdiction est l'exception, tandis qu'en matière civile, la règle générale interdit la preuve par témoins, et que l'exception seule l'admet dans des cas spéciaux et selon certaines conditions déterminées.

Cette différence capitale n'est pas la seule.

Nous avons vu qu'aux termes de l'article 1341 du Code civil, il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. Ainsi, d'après le Droit civil, non-seulement il n'est pas permis de prouver par

(1) Voy. *sup.*, n. 2540.

(2) *Videmus in durioribus quod licet initum fuisse pactum de probando solutionem tantummodò per instrumentum, nihilominus, quia probationum materia coangustanda non est, aut ipsum pactum non valere, aut admittendas esse probationes etiam per testes. Disc.* 65, n. 10.

témoins une chose dont on aurait dû passer acte, mais, de plus, quand l'acte a été passé, il n'est pas permis davantage d'employer la preuve testimoniale, soit pour y ajouter, soit pour y retrancher. Rien de plus juste et de plus rationnel après tout, sous l'empire d'un système qui subordonne la preuve testimoniale à la preuve littérale, que de ne pas permettre à ceux qui ont fixé par l'écriture les termes d'une convention, de renier leur parole écrite ou de chercher à prouver par témoins, soit une dérogation postérieure, soit des clauses additionnelles, qui ne peuvent se prouver d'une autre manière que par la convention à laquelle elles se rapportent.

Mais, en matière commerciale, il en est autrement. Dans tous les cas où il ne s'agit pas d'un acte ou d'un contrat pour la preuve duquel l'écriture est nécessaire, la preuve testimoniale est admissible contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis ces actes. Cela résulte clairement de l'article 109 du Code de commerce, qui autorise généralement l'emploi de la preuve testimoniale dans tous les cas où le tribunal croit devoir l'admettre, ce qui comprend nécessairement tous les cas dans lesquels le Code civil défend de l'admettre, ceux dans lesquels il l'interdit à raison de la valeur du litige, comme ceux dans lesquels il l'interdit à raison de l'existence d'une preuve écrite. On a prétendu, il est vrai, que l'article 109 n'avait pas cette portée et qu'il n'avait eu pour but que d'autoriser l'admission de la preuve testimoniale sans commencement de preuve par écrit, au-dessus de 150 francs ; et on s'est fondé, pour établir ce système, sur ce que, dans le projet de Code, le texte primitif portait que la preuve testimoniale serait admissible s'il y avait un commencement de preuve par écrit, et sur ce que le retranchement de cette condition d'admissibilité, en dérogeant à la règle du Droit civil qui ne permet la preuve testimoniale qu'avec un commencement de preuve par écrit, aurait laissé subsister la condition relative à la défense de prouver contre et outre le contenu aux actes (1).

(1) M. Bonnier, n. 93.

Mais, en présence de la généralité des termes de l'article 109, l'objection n'aurait quelque portée que s'il avait été formellement exprimé, dans la discussion préparatoire, que cette généralité apparente, au lieu de s'appliquer à tous les cas, se spécialiserait dans l'application à un cas unique. Or, si l'on voit dans la discussion que le législateur n'a pas voulu surbordonner l'admissibilité de la preuve testimoniale en matière de commerce à la condition préalable d'un commencement de preuve par écrit, on n'y voit pas qu'il n'ait voulu que cela, et lorsque la généralité des termes dont il s'est servi fait présumer qu'il a voulu davantage, il n'est pas permis de mettre sa volonté en doute.

Cela est d'autant moins permis que, dans l'ancien Droit, la jurisprudence commerciale avait dérogé aux dispositions de l'ordonnance de Moulins, contre l'admissibilité de la preuve testimoniale, non-seulement en ce qui touchait la prohibition d'admettre cette preuve au-dessus d'un certain chiffre, mais aussi en ce qui touchait la prohibition de l'admettre contre et outre le contenu aux actes (1). Le commerce s'en était toujours tenu à l'ancienne règle de Bouteiller, *témoins passent lettres* (2). Le Code de commerce, en autorisant la preuve testimoniale sans distinction, dans tous les cas où les tribunaux croient devoir l'admettre, se réfère donc à l'ancienne jurisprudence qu'il sanctionne sur tous les points et et par laquelle il doit être interprété dès qu'il n'y déroge pas d'une manière expresse.

Et d'ailleurs, en examinant les choses de près, on voit que l'admissibilité de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis ces actes, s'harmonise parfaitement, soit avec l'admissibilité de cette même preuve, encore qu'il

(1) Arrêts du parlement de Paris des 22 juillet 1613 et 22 juillet 1689; Toubeau, t. II, p. 38; Scaccia, § 2, gl. 8.

(2) « S'il advient qu'en jugement une partie se veuille aider de lettres en preuve, et l'autre partie se veuille aider de témoignage singulier, sachez que la vive voix passe vigueur des lettres, si les témoins sont contraires aux lettres. » (Bouteiller, *Somme rurale*, tit. CXVI.)

s'agisse d'une valeur au-dessus de 150 francs, soit avec les nécessités commerciales. Il est bien clair, en effet, que les parties qui, en matière commerciale, peuvent contracter verbalement, peuvent modifier, par une convention verbale, une convention antérieure qu'elles auraient rédigée par écrit. Autrement, il faudrait aller juqu'à dire que les parties qui contractent par écrit se soumettent par cela seul à employer l'écriture toutes les fois qu'il s'agira, soit de régler ou de modifier les effets d'une convention écrite, soit d'y déroger, ce qui serait restreindre d'une manière fâcheuse et sans aucune utilité la faculté accordée au commerce de contracter verbalement. On ne s'expliquerait pas par quelle raison un échange de paroles attestées par témoins pourrait suffire pour constater une convention d'où dépendrait la fortune des contractants, et comment, quand une convention est formée par écrit, l'écriture serait nécessaire pour y apporter une modification insignifiante.

La même raison ne milite pas en faveur de la preuve testimoniale de faits antérieurs à l'acte écrit, ou contemporains de cet acte, et qui auraient pour objet de le dénaturer; par exemple, d'établir qu'un acte de cession ou d'endossement déguise un nantissement sous les apparences d'une transmission de propriété. Mais il s'en rencontre une autre dont on ne peut méconnaître la force. Le secret indispensable au succès des opérations commerciales exige souvent la simulation de certains contrats, et rend, dès lors, nécessaire l'admissibilité de la preuve par témoins comme moyen de rétablir la vérité des faits et des engagements. Je reconnais que, dans ce cas, et lorsque la preuve par témoins tend à prouver des faits contraires à l'acte écrit qui les a suivis ou accompagnés, cette preuve peut ne pas être sans inconvénients; mais la loi, en autorisant les juges à l'admettre, a en même temps remis entre leurs mains le correctif nécessaire, en les autorisant à la refuser; et il n'est pas douteux que, dans ce cas, ils ne doivent admettre la preuve testimoniale qu'avec une grande réserve.

En résumé, la preuve par témoins contre et outre le contenu

aux actes, qui n'est pas admissible en matière civile, est admissible en matière commerciale (1).

2571. Mais, comme je l'ai déjà fait observer, cette règle n'a lieu que dans le cas où un acte écrit n'est pas nécessaire pour la preuve de la convention; car il est bien manifeste que la preuve testimoniale qui ne serait pas admissible pour prouver la convention même ne l'est pas davantage pour établir des faits qui s'y rattachent et qui la modifient. L'article 41 du Code de commerce renferme même à cet égard, relativement aux sociétés, une disposition précise, aux termes de laquelle aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de 150 francs.

2572. Il y a, cependant, des cas où il est permis de prouver contre et outre le contenu aux actes nécessaire à la preuve des faits qu'ils constatent. Mais il faut pour cela une disposition, sinon expresse, au moins qui implique l'admissibilité de la preuve testimoniale. Ainsi, l'article 112 du Code de commerce répute simples promesses, toutes lettres de change contenant supposition, soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit des lieux d'où elles sont tirées ou dans lesquels elles sont payables. De là on doit conclure que les suppositions dont parle cet article peuvent être prouvées; et comme l'article 112 ne spécifie aucun mode de preuve, on doit en conclure encore qu'il autorise l'emploi de tous ceux qui sont admis en matière commerciale (2). M. Persil (3) est d'une opinion contraire, qu'il fonde uniquement sur les dangers de la preuve testimoniale. Mais cette opinion me paraît devoir être

(1) Pardessus, n. 26 3; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 292, M. Nouguier, *Des trib. de com.*, t. III, p. 65; M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 462; Cass., 11 et 10 juin 1835, S., 35, 1, 623 et 689; D., 35, 1, 272 et 315; Riom, 4 août 1857, S., 58, 2, 252. Cass., 10 avril 1860, S., 60, 1, 901. — En sens contraire, M. Bonnier, n. 93; et Angers, 4 juin 1829, S., 9, 2, 280; D., 30, 2, 127.

(2) Pardessus, n. 265; Cass., 1er août 1810, S., 3, 1, 221, Bruxelles, 3 juillet 1812, *Ibid.*, 4, 2, 150; D., 6, 574; Riom, 21 nov. 1816, S., 5, 2; D., 6. 574; Agen, 1er fév. 1860, S., 60, 2, 77.

(1) *Des lettres de change*, sur l'art. 112.

d'autant moins suivie que les suppositions de lieu, de nom, de qualité dans une lettre de change, constituent une véritable fraude au préjudice de celui qui, pour se soumettre à la contrainte par corps et à la juridicliction commerciale, s'est prêté à ces suppositions, et que la preuve testimoniale en est dès lors recevable, conformément à l'article 1353 du Code civil, qui permet l'emploi de ce mode de preuve quand un acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol (1).

2573. C'est par cette dernière raison que, bien qu'une lettre de change indique la valeur fournie, cela ne fait nullement obstacle à ce que celui qui a reconnu l'avoir reçue, ou les tiers intéressés soient admis à prouver que la valeur n'a pas été fournie, par tous les moyens de preuve autorisés en matière de commerce (2).

2574. La preuve contre et outre le contenu aux actes nécessaires est encore admissible quand il s'agit, non de contredire les énonciations d'un acte, mais de restituer à cet acte, en le complétant, son caractère naturel et légal. C'est ainsi que nous avons déjà vu que le porteur, en vertu d'un endossement irrégulier qui ne vaut que comme procuration, est recevable à prouver qu'il a fourni la valeur de l'effet et qu'il le détient à titre de propriétaire (3). Je pense que cette preuve peut se faire par témoins, tout en reconnaissant, d'ailleurs, que les juges ne doivent l'admettre qu'avec une grande discrétion.

2575. Enfin, il y a des actes dont le caractère provisoire suppose la faculté d'une preuve contraire, par témoins ou autrement, pour arriver à un résultat définitif. Tel est, par exemple, le procès-verbal de vérification des créances en matière de faillite, qui n'est qu'une reconnaissance conditionnelle de la dette, subordonnée aux éventualités de la preuve que les créanciers ou les syndics peuvent toujours ou faire ou demander (4).

2576. Réciproquement, il y a certains actes qui, bien qu'ils

(1) Voy. *sup.*, n. 2554 et suiv.
(2) Pardessus, n. 340.
(3) Voy. *sup.*, t. III, n. 1574.
(4) Voy. *sup.*, n. 2199.

ne soient pas nécessaires et qu'on puisse y suppléer par toutes sortes de preuves et notamment par la preuve testimoniale, sont placés, par une disposition expresse, en dehors des atteintes d'une preuve contraire, testimoniale ou autre.

Tel est le connaissement qui, redigé dans la forme et de la manière prescrite par l'article 282 du Code de commerce, fait foi, aux termes de l'article 283, entre toutes les parties intéressées au chargement et entre elles et les assureurs, sauf, bien entendu, les cas de dol et de fraude (1), et à moins d'un commencement de preuve par écrit.

Telle est également la lettre de voiture qui, aux termes de l'article 101 du Code de commerce, forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier, et qui, par suite, fait foi des énonciations qu'elle contient, tellement que ces énonciations ne peuvent être détruites à l'aide de la preuve testimoniale, à moins d'un commencement de preuve par écrit et sauf les cas de dol et de fraude, comme lorsqu'il s'agit d'un connaissement.

2577. Faisons remarquer, en terminant, ce qui concerne les conditions d'admissibilité de la preuve testimoniale, que ce n'est pas articuler contre et outre le contenu à un acte, que de se prétendre libéré, sans preuve écrite, d'une obligation constatée par écrit. Le débiteur est donc recevable à prouver sa libération par témoins ; car, dit Pothier, le débiteur, en demandant à prouver sa libération, ne demande pas à prouver rien qui soit contre l'acte qui renferme son obligation ; il n'attaque point cet acte ; il convient de tout ce qui y est contenu ; il ne demande donc point à faire contre l'acte une preuve dont il puisse être exclu par la règle qui défend de rien prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes (2).

2578. Pour compléter l'ensemble des règles relatives à la preuve par témoins, il serait nécessaire d'entrer dans le détail des formalités à suivre pour l'administrer, formalités dont l'ensemble constitue ce qu'on appelle une enquête. Mais cela

(1) C. com., 384 ; Cass., 15 fév. 1826, S., 8, 1, 281 ; D., 26, 1, 137.

(2) *Des oblig.*, n. 764 ; Cass., 10 avril 1860, S., 60, 1, 901. — Voy. aussi Montpellier, 31 août 1850, S., 58, 2, 584.

nous conduirait trop loin et nous ferait, d'ailleurs, sortir du domaine du Droit civil pour nous entraîner sur celui de la procédure. Je me bornerai donc, pour tout ce qui regarde la marche à suivre, la capacité des témoins, la valeur des témoignages, à renvoyer au Code de procédure et aux auteurs qui ont spécialement traité ces sortes de matières.

SECTION III. — *Des présomptions.*

SOMMAIRE. — 2579. Ce que c'est que les présomptions. Présomptions légales et présomptions simples. — 2580. Présomptions légales. Présomptions *juris; présomptions juris et de jure.* — 2581. Exemples de présomptions *juris.* — 2582. Exemples de présomptions *juris et de jure.* — 2583. Présomptions simples. Leur admissibilité.

2579. Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu dont on cherche la preuve (1).

Toutes les preuves ne sont que des présomptions plus ou moins fortes. Cependant il y a cette différence entre la preuve et la présomption, que la preuve établit directement le fait à prouver, tandis que la présomption ne l'établit qu'indirectement, c'est-à-dire par voie de conséquence.

Il y a deux sortes de présomptions : les présomptions établies par la loi; et les présomptions légales, dont la force est déterminée par la loi ; et les présomptions simples ou présomptions de l'homme, dont l'appréciation est laissée à la jurisprudence et aux lumières des magistrats (2).

2580. Dans les présomptions légales, on distingue encore les présomptions de droit, *juris*, qui dispensent de toute preuve ceux aux profit de qui elles existent, mais qui peuvent être détruites par une preuve contraire ; et les présomptions de droit et du droit, *juris et de jure*, que l'on pourrait appeler présomptions absolues, et contre lesquelles aucune preuve contraire n'est admissible.

Cette distinction de tout temps admise par la doctrine (3),

(1) C. civ., 1349.

(2) C. civ., 1350, 1353.

(3) Danty sur Boiceau, p. 5, n. 6, et p. 174, n. 54 et suiv. ; Alciat, *De præsumpt.*, part. II, n. 3, *in Prælud.*

est consacrée aujourd'hui par l'article 1352 du Code civil qui, après avoir disposé que la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe, ajoute que nulle preuve n'est admise contre la présomption légale, lorsque sur le fondement de cette présomption, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire. D'où il suit que les présomptions légales sont réputées simples présomptions de droit, *juris*, et admettent la preuve contraire, à moins qu'une disposition particulière, en leur donnant le caractère de présomption de droit et du droit, *juris et de jure*, n'exclue la possibilité d'une preuve contraire, et n'imprime à la chose qu'elle présume véritable une couleur de vérité qu'elle ne permet pas d'effacer : *Dispositio legis aliquid præsumentis, et super præsumpto, tanquam sibi comperto, statuentis* (1). C'est ce qui fait dire à Casaregis que les présomptions de la loi ne sont pas de plein droit des présomptions *juris et de jure*, et qu'elles admettent toujours la preuve contraire quand cette preuve n'est pas interdite : *Præsumptio legis aut statuti non est juris et de jure*; *ideò admittit probationem in contrarium* (2).

2581. Ainsi la présomption de libération qui résulte de la remise du titre (3), la présomption de propriété qui résulte de la possession des choses mobilières (4), dispensent bien de toute autre preuve celui en faveur de qui elles existent, mais elles ne sont pas tellement absolues qu'elles ne puissent être détruites par une preuve contraire.

Ainsi, bien que la loi déclare toutes les actions en payement de billets et lettres de change prescrites après cinq ans (5), cependant, comme cette prescription n'est fondée que sur une présomption légale de payement qui n'est pas absolue, la loi admet contre cette présomption la preuve du non-payement résultant, soit d'une reconnaissance de la dette, soit de

(1) Alciat, *loc. cit.*
(2) *Disc.*, 6, n. 3.
(3) C. civ., 1282. — Voy. *sup.*, n. 2227.
(4) *Ibid.*, 2279.
(5) *Ibid.*, 189.

l'aveu du débiteur, ou de son refus de prêter serment (1).

Ainsi la présomption de commercialité qui atteint toutes les obligations entre commerçants (2) cède à la preuve contraire (3), soit qu'il s'agisse de billets souscrits par un commerçant (4), soit qu'il s'agisse d'obligations verbales (5).

Ainsi la présomption de navigabilité résultant des procès-verbaux de visite du navire, avant son départ, peut être combattue par les assureurs, qui sont admis à prouver contre cette présomption que l'innavigabilité qui s'est manifestée pendant le voyage provient, non d'une fortune de mer, mais d'un vice propre du navire (6).

Toutes ces présomptions légales sont des présemptions *juris*, qui ne résistent pas devant une preuve contraire.

2582. Voici maintenant des exemples de présomptions *juris et de jure*, contre lesquelles on n'admet aucune preuve.

Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité, sont absolument nuls, et il n'est pas permis de prouver la bonne foi des parties sur lesquelles la loi fait peser une présomption de fraude (7). Tels sont particulièrement les actes faits par un failli depuis sa faillite (8).

L'autorité que la loi attache à la chose jugée, c'est-à-dire à ce qui a été décidé par un jugement contre lequel il n'y a plus aucun moyen de recours, est encore le fondement d'une présomption inattaquable, quel que soit d'ailleurs le mal jugé évident de la décision. *Res judicata*, disent les docteurs, *facit*

(1) Cass., 9 mars 1868, D., 68, 1, 164.

(2) C. com., 632.

(3) M. Pardessus, n. 52 et 1505.

(4) Cass., 6 juillet 1836, S., 36, 1, 694; Metz, 22 mars 1839, *Ibid.*, 41, 2, 272.

(5) Rennes, 2 juillet 1838, S., 39, 2, 340.

(6) Paris, 20 fév. 1840, S., 41, 2, 225; Bordeaux, 11 fév. 1841, *Ibid.*, 42, 2, 97; Aix, 10 mars 1857, *Ibid.*, 57, 2, 683; Bordeaux, 4 juill. 1859, *Ibid.*, 60, 2, 13; Émerigon, *Assur.*, ch. XII, sect. XXXVIII; Boulay-Paty sur Émerigon, p. 143; Locré, sur l'art. 389, C. com.; Pardessus, n. 841; M. Alauzet, *Assur.*, t. II, n. 314; M. Lemonnier, t. I, n. 215, et t. II, n. 270.

(7) C. civ., art. 1350.

(8) Voy. *sup.*, t. II, n. 1192 et suiv.

de albo nigrum (1). Mais il faut bien remarquer que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, et que pour cela il faut rigoureusement trois conditions : que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, et qu'elle soit entre les mêmes parties, formée par elles et contre elles en la même qualité (2).

A ces exemples puisés dans le Droit commun, on peut en ajouter un autre puisé dans le Droit commercial lui-même. Ainsi, aux termes de l'article 365 du Code de commerce, toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés est nulle, s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat, l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'arrivée de ces objets. Et la présomption existe, d'après l'article 366, si, en comptant trois quarts de myriamètres par heure, il est établi que, de l'endroit de l'arrivée ou de la perte du vaisseau, ou du lieu ou la première nouvelle en est arrivée, elle a pu être portée dans le lieu où le contrat d'assurance a été passé, avant la signature du contrat. Quand cette présomption existe, non-seulement il n'est pas nécessaire de recourir à d'autres preuves pour établir que l'assuré ou l'assureur avaient connaissance de la perte ou de l'heureuse arrivée, mais, de plus, aucune preuve contraire ne peut détruire l'autorité de cette présomption (3).

2583. Quant aux présomptions simples, ou présomptions de l'homme, qui ne sont point établies par la loi, elles sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de dol et de fraude (4).

Il suit de là, d'abord, que c'est l'ensemble et la concordance des présomptions qui sont le fondement de leur auto-

(1) Ansaldus, *Disc.* 20 n. 25.
(2) C. civ., 1351.
(3) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 309.
(4) C. civ., 1353.

rité, et qu'une présomption isolée ne peut exercer aucune influence légale sur la preuve d'un fait.

Il en résulte ensuite que l'admissibilité des présomptions, dépendant toujours de l'admissibilité de la preuve testimoniale, les détails dans lesquels nous sommes entré sur l'admissibilité de la preuve par témoins en matière de commerce s'appliquent en tout point aux présomptions : de telle sorte qu'elles sont toujours admissibles, qu'elle que soit la valeur du litige (1), et qu'elles cessent de l'être quand il s'agit d'une convention pour la preuve de laquelle la loi exige un acte écrit (2).

SECTION IV. — *De l'aveu de la partie.*

2584. L'aveu est la reconnaissance faite par une partie de la vérité d'un fait ou de l'existence d'une convention. Il tient lieu dès lors, du moins entre les parties, de toutes les preuves qui n'étaient nécessaires que parce que le fait allégué ou la convention prétendue n'étaient pas reconnus par celui à la charge duquel ils mettaient l'obligation dont l'exécution est demandée. C'est le consentement qui fait la force des conventions; or, avouer une convention, c'est consentir à la chose convenue, et une preuve ultérieure de l'existence de la convention est dès lors superflue. *Partis confessio, optima probatio*, dit énergiquement la Rote de Gênes (3).

Il y a deux sortes d'aveu : l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire (4). L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en jus-

(1) Cass., 26 août 1835, et 31 mai 1836, S., 36, 1, 127 et 857.

(2) *Præsumptionibus solutio non probatur quando fieri debet sub certâ formâ*. Casaregis, *Disc.* 102, n. 70 et suiv.

(3) Décis. 60, n. 1.

(4) C. civ., 1354.

tice la partie ou son fondé de pouvoir spécial (1). Tout autre aveu que celui fait en justice est réputé extrajudiciaire.

Occupons-nous d'abord de l'aveu judiciaire.

2585. L'aveu judiciaire est celui qui est fait soit verbalement à l'audience, soit dans un interrogatoire sur faits et articles, soit dans des actes de procédure. Il faut pleine foi contre celui qui l'a fait (2). Mais il faut pour cela que l'aveu lorsqu'il est fait à l'audience soit judiciairement constaté, c'est-à-dire que le juge devant lequel il est fait en donne acte à la partie qui prétend s'en prévaloir (3). Un aveu dont il ne serait pas donné acte ne laisserait aucune trace, et n'étant pas prouvé lui-même, ne pourrait évidemment servir de preuve. Du reste, il n'est pas nécessaire de demander acte de l'aveu aussitôt qu'il est proféré. La partie qui entend s'en prévaloir est recevable à en demander acte, tant que le jugement n'est pas rendu et que les choses sont entières. Tout dépend alors des souvenirs du juge, à l'incertitude desquels les dénégations de l'avouant peuvent sans doute ajouter encore, mais qui ne peut se refuser à donner acte de l'aveu, quand l'aveu est constant pour lui et que ses souvenirs ne lui font pas défaut.

2586. Je ne pense donc pas qu'une partie puisse révoquer son aveu avant qu'il en ait été demandé acte. Le contraire a été, il est vrai, jugé par la Cour de Colmar, le 21 avril 1828 (4 ; mais je ne vois pas sur quoi cette opinion peut raisonnablement se fonder. L'aveu n'est pas le principe d'un contrat judiciaire, qui ne deviendrait parfait que par l'acceptation de l'autre partie; il est, au contraire, le complétement de ce contrat, puisqu'il renferme la reconnaissance d'un fait contesté par l'avouant et qu'il est dès lors nécessairement accepté d'avance par la partie qui avait allégué le fait reconnu. S'il faut que cette partie demande acte de l'aveu, c'est uniquement pour le constater, en fixer les termes et les mettre à l'abri de toute dénégation

(1) C. civ., 1356.

(2) *Ibid.*

(3) La confession judiciaire, dit Pothier, est l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée, et dont le juge donne acte. *Des oblig.*, n. 797.

(4) S., 9, 2, 69 ; M. Bonnier, *Des preuves*, n. 249.

ultérieure, mais non pour manifester une acceptation qui préexiste nécessairement. Cela résulte, au surplus, de l'article 1356 du Code civil qui dispose en termes généraux que l'aveu ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait, sans distinguer si la révocation précède ou suit la déclaration par laquelle le juge donne acte de l'aveu (1).

Nous disons que l'aveu peut être révoqué pour erreur de fait, *confessio erronea licet geminata ac pluries repetita non nocet* (2); c'est une suite de l'assimilation établie entre l'aveu et le consentement : *Non videtur consentire qui errat.* Mais il ne peut être révoqué sous prétexte d'une erreur de Droit, contrairement à ce qui a lieu en matière de consentement proprement dit (3). Il y a, en effet, cette différence, entre le consentement proprement dit et l'aveu, que le consentement concourt à la formation d'une obligation qui n'existait pas, tandis que l'aveu est la reconnaissance d'une obligation antérieure. Or, si l'on comprend très-bien que l'erreur de Droit puisse, surtout en matière commerciale, vicier le consentement nécessaire à la formation d'une obligation, parce qu'on peut dire alors qu'il n'y a pas eu de consentement, il en est autrement de l'aveu, parce qu'en admettant qu'on se trompe, en avouant une obligation qu'on pouvait se dispenser d'avouer, l'erreur commise ne détruit ni le fait de l'aveu, ni le fait de l'obligation antérieure. L'article 1356 du Code civil dispose donc avec raison que l'aveu judiciaire ne peut être révoqué sous prétexte d'une erreur de Droit.

2587. Le même article porte également que l'aveu judiciaire, qui fait pleine foi contre celui qui l'a fait, ne peut être divisé contre lui. L'aveu doit être pris dans son ensemble, parce que les diverses parties dont il se compose sont la condition ou le complément les unes des autres, et que l'avouant, qui se reconnaît obligé d'une certaine manière ou sous certaine condition, ne se reconnaît obligé que de cette manière et sous cette con-

(1) Marcadé, sur l'art. 1354.

(2) Ansaldus. *Disc.* 22, n. 3; *Disc.* 31, n. 11.

(3) Voy. *sup.*, t. II, n. 1018.

dition ; de telle sorte que le condamner en vertu de son aveu, comme obligé pur et simple, ce serait se prévaloir contre lui d'un aveu autre que celui qu'il a fait.

Il en doit être ainsi alors même que des présomptions plus ou moins fortes militeraient contre les restrictions ou les conditions qui modifieraient la portée de l'aveu. Il est, sans doute, permis de rejeter un aveu dans son entier et de chercher ailleurs des preuves de l'obligation ; mais, quand on l'accepte, il faut que les positions soient égales, et l'on ne peut rompre cette égalité à l'aide de présomptions dont l'admissibilité soumettrait l'indivisibilité de l'aveu au pouvoir discrétionnaire du juge. L'ancien Droit, et notamment l'ancien Droit commercial, admettait cette exception à la règle salutaire de l'indivisibilité de l'aveu (1); mais, aujourd'hui, la généralité des termes de l'article 1356 ne saurait se prêter à une semblable restriction du principe qu'il consacre définitivement.

Toutefois, ce principe n'est évidemment applicable que lorsque l'aveu est la seule preuve de l'obligation; car il est bien manifeste que, lorsque l'existence d'une obligation est établie d'ailleurs par d'autres éléments de preuve, il ne peut dépendre de l'obligé en faisant un aveu plus ou moins restrictif, de changer une obligation pure et simple en une obligation conditionnelle. Comme alors il n'est pas nécessaire d'invoquer l'aveu sur un point, il est permis de le rejeter sur l'autre; et comme on ne tient pas compte de l'aveu, et qu'en réalité il se trouve rejeté en entier, ce n'est pas diviser l'aveu que de condamner l'avouant comme obligé pur et simple.

2588. De même encore, il n'y a lieu à appliquer le principe de l'indivisibilité de l'aveu qu'en ce qui concerne des faits connexes, ayant ensemble une relation naturelle et qui se rapportent au fait contesté. Il n'est pas permis à celui qui avoue une obligation de s'en libérer ou de se créer un droit par des articulations ou des réserves qui n'ont pas un rapport direct à cette

(1) *Utrum confessio pro parte possit acceptari, et pro parte respui, pendet ab arbitrio boni judicis, adeò quod si viget adversùm confitentem præsumptio, debet judex acceptare illius confessionem simpliciter, rejectâ conditione, vel qualitate illi per ipsum oppositâ.* (Rote de Gênes, *decis.* 95, n. 3.)

obligation même. Assigné en payement d'une obligation, dont il n'existe d'ailleurs aucune preuve, j'avoue que je suis obligé ; mais j'ajoute, en même temps, que l'obligation n'est pas encore échue : il est évident que, dans ce cas, le terme allégué a un rapport direct à l'obligation avouée, puisqu'il en est la modification, et qu'on ne peut, en divisant l'aveu contre moi, me condamner comme obligé actuellement et sans terme. Au contraire, assigné en payement d'une somme, j'avoue la dette ; mais, en même temps, je me prétends créancier de mon débiteur et je lui oppose la compensation : il est non moins évident que la créance dont je veux me prévaloir, n'ayant aucun rapport avec la dette que j'avoue, on peut me condamner comme débiteur et rejeter la compensation qui n'aurait d'autre fondement que mon dire, sans encourir le reproche de contrevenir au principe de l'indivisibilité de l'aveu.

Il y a, sans doute, des cas où il est moins facile de reconnaître, soit la connexité, soit le défaut de connexité des différentes parties dont se compose un aveu. Ainsi, on a élevé des doutes sur le point de savoir si la reconnaissance d'une dette, que l'on déclare en même temps être éteinte par un payement constitue un aveu indivisible. On peut dire, pour la divisibité, que le payement articulé par l'avouant est un fait distinct de l'obligation avouée, et que ces deux faits n'ont ensemble aucune connexité, parce qu'ils doivent être prouvés séparément l'un de l'autre, la preuve du payement ne pouvant jamais résulter de la preuve de l'obligation. Mais on peut dire, pour l'indivisibilité, que le fait d'obligation et le fait du payement sont connexes, puisque le payement est, en quelque sorte, le complement de l'obligation, et que la question de savoir si la dette existe se confond intimement avec celle de savoir si la dette a été payée. Cette dernière manière d'envisager la question me paraît d'autant plus rationnelle, que le créancier n'a pas dû donner une preuve écrite du payement d'une obligation dont il n'avait lui-même aucune preuve, et que s'en étant rapporté, en ce qui touche la formation de l'obligation, à la bonne foi de son débiteur duquel il n'avait exigé aucune promesse écrite, il doit s'en rapporter également à son débiteur,

en ce qui touche l'extinction de l'obligation, puisque le débiteur n'a pu exiger quittance d'une dette dont il n'avai tpas donné de reconnaissance. Aussi l'article 1924 du Code civil décide-t-il, en matière de dépôt, que, lorsque le dépôt n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de la restitution. Et cette disposition doit, par voie d'analogie, s'appliquer à tous les cas où un débiteur, en avouant une dette dont il n'y a pas de preuve, articule en même temps qu'il s'en est libéré (1).

2589. Remarquons que si l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait, il ne fait foi que contre lui et contre ceux qui le représentent, mais nullement contre les tiers, et spécialement contre ses créanciers. L'aveu équivaut, sans doute, à un consentement, mais c'est un consentement qui, relativement aux tiers, ne peut avoir d'effet que du jour où il se manifeste et qui ne saurait rétroagir au jour où se serait passé le fait avoué. L'aveu ne peut donc préjudicier aux droits antérieurement acquis par les tiers. C'est pourquoi l'aveu que ferait un créancier de la libération de son débiteur ne suffirait pas pour prouver cette libération vis-à-vis de ses propres créanciers et pour éteindre l'action qui leur appartient du chef de leur débiteur contre le débiteur de celui-ci. *Confessio de recepto facta per debitorem suo debitori non suffragatur pro istius liberatione in præjudicium creditorum confitentis* (2).

2590. Je passe à l'aveu extrajudiciaire, qui est celui fait partout ailleurs qu'en justice. Tel est l'aveu qui est fait dans une lettre missive adressée même pendant une instance par l'avouant à sa partie adverse, si la lettre n'a pas été produite aux juges et n'est pas devenue pièce du procès (3).

Aux termes de l'article 1355 du Code civil, l'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile, toutes

(1) Cass., 25 mars 1853, S., 53, 1, 366; 2 août 1861, S., 61, 1, 461; M. Bonnier, *Des preuves*, n. 250; Marcadé, sur l'art. 1356.

(2) Ansaldus, *Disc.* 85, n. 10.

(3) Cass., 7 nov. 1827, S., 8, 1, 695; D., 28, 1, 303.

les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait pas admissible. Il suit de là qu'en matière de commerce, l'aveu extrajudiciaire peut être prouvé par témoins, excepté dans les cas particuliers où cette preuve cesse de pouvoir être admise.

2591. Il peut se présenter des cas où, à la différence de l'aveu judiciaire, l'aveu extrajudiciaire a besoin d'être accepté par la partie appelée à en profiter. Si l'aveu judiciaire est toujours accepté d'avance, parce qu'il répond à une demande nettement formulée, il n'en est pas toujours ainsi de l'aveu extrajudiciaire, qui peut ne pas être la réponse à une demande antérieure, ou qui peut répondre à une demande qui n'apparaît pas d'une manière nette et précise. Dans ce cas, il faut qu'il soit accepté, et jusque-là il peut être rétracté par l'avouant.

2592. On s'est demandé si l'aveu extrajudiciaire fait en l'absence de la partie peut être invoqué par elle. Les anciens docteurs étaient fort divergents sur ce point (1). Mais il me semble qu'aujourd'hui cette question, que le droit canon résolvait affirmativement, ne saurait être douteuse, et que la présence de la partie est une condition insignifiante de l'effet obligatoire de l'aveu, pourvu que, d'ailleurs, il soit prouvé et qu'il ait été accepté à temps, dans le cas où, à raison des circonstances, il avait besoin de l'être, et qu'il s'agisse d'un aveu véritable fait dans le but de reconnaître réellement le droit d'un tiers, et non de paroles plus ou moins vagues, que leur défaut de précision ne permettrait pas de considérer comme un aveu.

2593. Une question plus délicate est celle de savoir si l'aveu extrajudiciaire est indivisible comme l'aveu judiciaire (2). Sans chercher ici à approfondir cette question, je me bornerai à exprimer l'avis que, lorsqu'un aveu extrajudiciaire est net et précis, il doit être indivisible comme l'aveu judiciaire. Je ne vois pas pourquoi la circonstance qu'un aveu ne serait pas

(1) Rote de Gênes, *décis.* 212, n. 1 et suiv.

(2) Voy. M. Merlin, *Question de droit*, v° *Confession*, § 3, et Toullier, t. X, n. 340.

fait en justice, le rendrait plus divisible que l'aveu fait en justice, lorsqu'il est reconnu que l'indivisibilité est le caractère essentiel de l'aveu (1). Mais, comme l'aveu extrajudiciaire, qui souvent n'est pas fait en présence d'une difficulté actuelle ou d'une contestation prochaine, n'a pas toujours la précision que les besoins de la défense impriment à l'aveu judiciaire, il peut en résulter pour les juges la nécessité de l'interpréter, et cette interprétation peut conduire à une division qui, en réalité, ne porte aucune atteinte au principe (2).

SECTION V. — *Du serment.*

SOMMAIRE. — 2594. Ce que c'est que le serment. Serment promissoire, affirmatif, décisoire, supplétoire. — 2595. Serment décisoire Sur quelles contestations peut-il être déféré? — 2596. Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie. — 2597. Qui peut le déférer et à qui peut-il être déféré. — 2598. Quand peut-il être déféré? — 2599. Quand peut-il être référé? — 2600. Celui qui a déféré ou référé le serment ne peut se rétracter. — 2601. Preuve résultant soit du serment, soit du refus de l'accepter ou de le référer. — 2602. Le serment est indivisible. — 2603. Contre qui le serment fait-il preuve. — 2604. Du serment supplétoire. Il ne peut être référé. Il ne lie pas le juge. — 2605. Quand peut-il être déféré. — 2606. Formes du serment. — 2607. Transition au titre suivant.

2594. M. Toullier définit le serment, d'après les moralistes, les théologiens et les jurisconsultes, un acte religieux où celui qui jure invoque Dieu, non-seulement pour témoin de la vérité d'un fait ou de la sincérité d'une promesse, mais encore pour vengeur de l'imposture ou de la foi violée (3). L'autorité du serment repose donc sur la supposition d'une croyance religieuse, sans laquelle celui qui jure pour affirmer ou pour promettre ne devrait pas obtenir plus de croyance que lorsqu'il affirme ou promet purement et simplement. C'est ce qui fait dire à Platon que, lorsqu'un peuple n'est pas religieux, on ne doit faire usage du serment que dans les occasions où celui qui jure est sans intérêt (4).

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 330; M. Bonnier, n. 253.
(2) Cass., 10 déc. 1839, S., 40, 1, 467.
(3) T. X, n. 343.
(4) *Des lois*, liv. XII.

On peut, d'ailleurs, se demander, sans vouloir pour cela mettre en doute les sentiments religieux de personne, s'il est bon de placer l'homme entre sa conscience et son intérêt et, en faisant intervenir la divinité dans les choses humaines, de donner à ceux qui ne croient pas les moyens de tromper ceux qui croient. J'avoue, pour mon compte, qu'en supposant même que le serment, cette sorte de jugement de Dieu, puisse avoir son utilité et être de quelques secours aux plaideurs et aux juges, il suffit qu'il puisse dégénérer en une déplorable comédie, pour que le législateur eût dû rejeter un procédé dont les avantages problématiques ne rachètent pas les inconvénients certains.

Nous n'avons pas à nous occuper ici du serment promissoire par lequel on promet de faire et qui se rapporte à un fait futur ; nous n'avons à nous occuper que du serment affirmatif, qui a pour objet de certifier un engagement ou une libération antérieure. Ce serment, qui est le serment judiciaire, ou *in litem*, est de deux sortes : le serment décisoire, qui est déféré ou référé par une partie pour en faire dépendre le jugement de la cause; et le serment supplétoire, qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

2595. Occupons-nous d'abord du serment décisoire.

Aux termes de l'article 1358, le serment décisoire peut être déféré sur quelque contestation que ce soit. Mais la généralité de cette règle ne s'étend pas jusqu'à permettre de déférer le serment sur l'existence d'un contrat dont la force obligatoire est subordonnée à un certain mode de preuve. Ainsi, on ne peut déférer le serment sur l'existence d'un lettre de change (1), ou de l'acceptation d'une lettre de change (2). Mais rien ne s'oppose à ce qu'on puisse le déférer sur les conditions accessoires qui auraient pour objet de modifier les conditions résultant d'un contrat de cette nature. Ainsi, encore qu'une lettre de change ait été endossée pour valeur reçue, si l'endosseur soutient que le porteur en a assumé sur lui les risques

(1) Voy. *sup.*, n. 2555.

(2) Voy. *sup.*, n. 2559 ; Turin, 14 mai 1810, S., 3, 2, 269 ; D., 6, 619. M. Alauzet, t. II, n. 838.

et périls et a renoncé à toute garantie, il peut lui déférer sur ce fait le serment décisoire (1).

Du reste, le serment peut être déféré, même sur l'existence des obligations qui doivent être prouvées par écrit. C'est ce qui résulte, tant de la généralité des termes de l'article 1358, que de ceux de l'article 1360, suivant lequel le serment peut être déféré, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. Ainsi, en matière commerciale, la vente des navires, la charte-partie, le connaissement, le contrat à la grosse, le contrat d'assurance, peuvent faire l'objet d'un serment décisoire. Toutefois quand l'acte écrit est requis dans l'intérêt des tiers, la preuve qui résulte du serment n'a d'effet qu'entre les parties et ne peut jamais leur être opposée. Ici s'applique ce que j'ai déjà dit en parlant de l'aveu (2).

Le serment peut donc être déféré dans des cas où la preuve testimoniale ne serait pas admise. Mais, par contre, il peut toujours être déféré quand la preuve testimoniale est admissible. C'est pourquoi, en matière commerciale, où l'on admet la preuve contre et outre le contenu aux actes (3), il est permis de déférer le serment contre et outre le contenu à un acte écrit ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis cet acte.

On peut de même combattre par le serment l'autorité des présomptions de droit, *juris;* mais non l'autorité des présomptions *juris et de jure,* contre lesquelles nulle preuve n'est admise (4).

Il suit de là qu'on ne peut en principe opposer le serment à la présomption qui résulte de la prescription. Il n'y a d'exception que pour les prescriptions courtes, établies par les articles 2271, 2272 et 2273 du Code civil et pour la prescription de cinq ans établie en matière de lettres de change par l'article 189 du Code de commerce.

2596. Le serment décisoire ne peut être déféré que sur un

(1) Turin, 30 frim. an XIV, S., 2, 2, 101 ; D., 10, 767.

(2) Voy. *sup.*, n. 2589.

(3) Voy. *sup.*, n. 2570.

(4) Voy. *sup.*, n. 2580.

fait personnel à la partie à laquelle on le défère (1). Ainsi, on ne peut déférer le serment à une veuve, à des héritiers ou à des ayants cause, sur des faits personnels à leur auteur, et auxquels ils seraient personnellement restés étrangers. On peut seulement le leur déférer sur le point de savoir s'ils ont connaissance de ces faits.

Dans le cas où le serment est déféré à un être collectif ou moral, tel qu'une société, celui des associés, qui est en cause, est tenu de le prêter, à moins qu'il ne s'agisse d'un fait personnel à l'un des associés. Mais quand il s'agit d'un fait social, non-seulement chaque associé, représentant la société, peut jurer pour elle, mais encore le serment prêté par l'un des associés profite à tous les autres.

2597. Du reste, pour jurer, il faut être capable de contracter et être maître de ses droits, puisque accepter un serment sur une contestation, c'est en quelque sorte transiger sur cette constestation. « Comme on fait dépendre du serment décisoire, dit Pothier (2), la décision de la contestation et du droit des parties, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux qui ont la disposition de leurs droits qui puissent déférer ce serment et auxquels il puisse être déféré. »

Ainsi, le mineur ne peut ni déférer, ni accepter un serment; de même, la femme mariée, sans le consentement de son mari ; à moins cependant qu'elle soit marchande publique, auquel cas elle pourrait accepter ou déférer un serment sur une contestation relative à son commerce, sans avoir besoin de l'autorisation de son mari, parce qu'autorisée à faire le commerce, elle l'est par cela même à contracter tous les engagements qui s'y rapportent (3).

Ainsi encore, le failli ne peut ni accepter, ni déférer un serment, même sur des faits qui se seraient accomplis dans un temps où il avait encore la libre disposition de ses biens et de ses droits, parce que le serment se rapporte à une contesta-

(1) C. civ., 1359.
(2) *Des oblig.*, n. 821.
(3) Voy. *sup.*, t. II, n. 1118 et suiv.

tion actuelle et qu'il demande dès lors une capacité actuelle.

2598. Le serment peut être déféré en tout état de cause, en appel comme en première instance, parce qu'il est permis en tout temps de transiger et de compromettre.

2599. Non-seulement le serment peut être déféré par la partie qui déclare s'en remettre au serment de son adversaire, mais il peut être référé à cette partie, c'est-à-dire que celui à qui le serment est déféré a le choix ou de le prêter ou de le référer à celui qui le lui avait déféré; de telle sorte que la partie qui défère un serment doit être préparée à le prêter elle-même dans le cas où son adversaire le lui référerait. Il est à remarquer, toutefois, que le serment ne peut être référé, quand le fait qui en est l'objet n'est point le fait des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré (1).

2600. Le serment déféré et le serment référé ont, au surplus, cela de commun, que la partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment (2).

2601. Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou qui ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception (3). En d'autres termes, la prestation de serment constitue, en faveur de celui qui l'a prêté, une preuve irréfragable du fondement de sa demande ou de son exception. Le serment devient alors une présomption légale, contre laquelle aucune preuve n'est admissible, même celle de la fausseté du serment (4). On ne pourrait, aujourd'hui, suivre l'opinion contraire de Casaregis, qui admettait la preuve contraire au serment : *Contra juramentum admitti adhuc possunt probationes contrariæ* (5). Le savant doc-

(1) C. civ., 1362.
(2) C. civ., 1364.
(3) *Ibid.*, 1361.
(4) *Ibid.*, 2363.
(5) *Disc.* 10, n. 104. — MM. Delamarre et Lepoitvin font dire à Casaregis tout le contraire de ce qu'il dit, en substituant, par inadvertance, le mot *non* au mot *adhuc* dans la phrase précitée.

teur italien ne voyait dans le serment qu'une présomption *juris*, tandis que le Code civil, conforme d'ailleurs en ce point aux principes du Droit romain, y voit une présomption *juris et de jure* (1).

2602. Comme l'aveu, de la nature duquel il participe, le serment est indivisible : *Juramentum est individuum* (2). Et cette indivisibilité est d'autant moins contestable, en matière de serment, que les termes du serment ont été posés par la partie pour ou contre laquelle il prouve, et que cette partie doit dès lors accepter la preuve dans les termes mêmes où elle l'a renfermée.

2603. Le serment ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers ou ayants cause, ou contre eux : il n'a aucune autorité à l'égard des tiers. Néanmoins, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier; mais le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions; celui qui est déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs, et celui qui est déféré à la caution profite au débiteur principal. Toutefois, dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement (3).

2604. Passons au serment supplétoire. Le serment supplétoire est celui que le juge peut déférer à l'une des parties, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation (4). A la différence du serment décisoire, qui constitue un contrat entre les deux parties, le serment supplétoire n'est qu'un moyen pour le juge de s'éclairer et de compléter les preuves qu'il a déjà recueillies, *in supplementum*. Il suit de là, d'une part, que la partie à laquelle le juge défère le serment supplétif n'est pas en

(1) *Majorem habet auctoritatem quàm res judicata*. L. 2, ff. *De jurejur.*
(2) Casaregis, *Disc.* 10, n. 86.
(3) C. civ., 1365.
(4) *Ibid.*, 1366.

droit de le référer à l'autre partie, qui est restée étrangère au fait du juge (1); et, d'autre part, que le juge n'est pas tenu de se conformer au serment prêté, si de nouveaux éléments de preuve déterminent sa conviction dans un autre sens. *Juramentum in supplementum cessat ubi præsumptio est contrà jurantem* (2).

2605. Le juge ne peut d'ailleurs déférer d'office le serment pour en faire dépendre la décision de la cause, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes, il faut : 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; et 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande (3).

Quant au serment sur la valeur de la chose demandée, il ne peut être déféré par le juge que lorsqu'il est impossible de constater autrement cette valeur. Le juge doit même, dans ce cas, déterminer la somme, jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment (4).

2606. Le serment décisoire ou supplétoire est prêté dans la forme et de la manière déterminée par l'article 121 du Code de procédure. Le jugement qui l'ordonne énonce les faits sur lesquels il sera reçu, et la partie prête serment en disant : *Je le jure*. On ne peut, sous prétexte de religion, imposer aux citoyens une forme particulière de serment (5).

2607. Ici se terminent les explications que j'avais à donner sur les obligations conventionnelles en général. Nous avons vu comment elles se forment; les conditions essentielles de leur validité; les effets qu'elles produisent; leurs modifications diverses, selon qu'il s'agit d'obligations conditionnelles, à terme, alternatives, avec clauses pénales, divisibles ou indivisibles, pures et simples ou solidaires. Nous avons vu comment les obligations s'éteignent, et enfin comment se prouvent leur formation et leur extinction. Nous allons nous occuper maintenant des engagements qui se forment sans convention.

(1) C. civ., 1368.
(2) Straccha, *De mercaturâ*, part. II, n. 82.
(3) C. civ., 1367.
(4) *Ibid.*, 1369.
(5) Voy. *sup.*, t. II, n. 1257 et suiv.

TITRE II

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

2608. Nous avons déjà dit que les obligations découlent de plusieurs sources, de la nature, de la loi, de la volonté des parties ou de leur fait. Nous nous sommes expliqué sur les obligations naturelles et sur les obligations légales; nous avons amplement exposé les règles propres aux obligations qui se forment par une convention, c'est-à-dire par le concours de deux volontés (1). Il nous reste à nous occuper des obligations ou engagements qui naissent d'un fait et qui se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers qui il est obligé. Ces engagements résultent des quasi-contrats, ou des délits et des quasi-délits (2), en d'autres termes, des faits licites ou illicites qui sont de nature à créer un droit, soit au profit de l'agent, soit au profit du patient ou de tous les deux (3).

2609. Aux termes de l'article 1371 du Code civil, les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. M. Toullier a critiqué avec raison cette définition qui est vraie dans ce qu'elle dit, mais incomplète en ce qu'elle ne dit pas quels sont les faits volontaires de l'homme dont résulte un engagement : car il est bien manifeste qu'un engagement ne résulte pas de tous les faits volontaires de l'homme. Le savant professeur de Rennes propose donc la définition suivante, qui

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1430.

(2) C. civ., 1370.

(3) *Factum quo aut is qui fecit alteri, aut alter ei, aut uterque alteri sine consensu obligatur.* Donneau, *Comment. de jure civ.*, lib. XV, cap. XIV.

a le mérite de dire ce que le Code ne dit pas : « Tout fait licite quelconque de l'homme, qui enrichit une personne au détriment d'une autre, donne naissance à un quasi-contrat qui oblige celle que le fait enrichit sans qu'il y ait eu intention de la gratifier à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie (1).»

2610. Aux termes de l'article 1382 du Code civil, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Quand le fait dommageable est défendu par la loi pénale, l'obligation naît d'un délit ; quand le fait est simplement illicite au point de vue du droit de la personne à laquelle il porte préjudice, l'obligation naît d'un quasi-délit.

2611. Avant d'entrer dans le détail des règles particulières à chacune de ces obligations, arrêtons-nous un instant à l'examen d'une question qui leur est commune, bien que sa solution ne puisse guère présenter de difficultés qu'en ce qui touche les délits et les quasi-délits et qu'elle n'ait jamais été sérieusement contestée en ce qui touche les quasi-contrats.

Il s'agit de savoir si les engagements qui naissent des quasi-contrats et des délits ou des quasi-délits peuvent avoir un caractère commercial ; en d'autres termes, si l'exécution de ces engagements doit, lorsqu'ils portent sur un objet commercial, être poursuivie devant les tribunaux de commerce, seuls compétents pour connaître des contestations relatives aux actes de commerce.

Remarquons d'abord que l'art. 631 du Code de commerce, relatif à la compétence des tribunaux consulaires, porte que ces tribunaux connaîtront de toutes contestations relatives aux *engagements* et transactions entre négociants, marchands et banquiers, et entre toutes personnes des contestations relatives aux actes de commerce. Cet article ne distingue nullement entre les engagements qui résultent d'une convention et les engagements qui, aux termes de l'article 1370 du Code civil, naissent des quasi-contrats ou des délits et quasi-délits. Il ne se préoccupe que d'une chose : de la commercialité de l'ob-

(1) T. XI, n. 20.

jet de l'engagement; mais, lorsqu'il y a un engagement, il n'en recherche ni la source, ni la nature, et il n'y a aucune raison pour donner au mot engagement, quand il est employé par l'article 631 du Code de commerce, une autre signification que celle qui lui est positivement attribuée par l'article 1270 du Code civil.

2612. La chose est particulièrement évidente en ce qui touche les quasi-contrats. Prenons pour exemple le quasi-contrat de gestion d'affaires par lequel celui qui gère volontairement l'affaire d'autrui se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le maître dont l'affaire a été gérée (1), tandis que ce dernier, dont l'affaire a été bien administrée, se trouve réciproquement soumis aux obligations d'un mandant ordinaire (2). Il est bien clair que, dans ce cas, il importe peu que les engagements réciproques, qui pèsent sur les parties, n'aient pas été précédés d'une convention, et qu'ils soient nés à l'occasion d'un fait personnel à un des obligés : si ce fait a un caractère commercial, les parties se trouveront commercialement obligées. Par une circonstance fortuite, votre navire, qui se trouve dans un port autre que celui de sa destination, ne peut continuer sa route. Vous n'avez pas de représentant dans ce port. Un tiers se présente, se charge de vos marchandises, comme aurait pu le faire un consignataire à qui vous en auriez donné le mandat, et les vend ensuite au mieux de vos intérêts. Est-il permis de douter que vos actions contre celui qui s'est constitué votre madataire officieux, en restitution du prix de vos marchandises, de même que les actions de ce dernier contre vous, en remboursement des dépenses qu'il a dû faire pour la garde et la conservation de ces marchandises, ne soient des actions commerciales de la compétence exclusive des tribunaux du commerce? Qu'importe qu'il n'y ait pas eu de convention entre les parties, si, en définitive, elles sont réciproquement obligées de la même manière que s'il y avait eu une convention. Dans tout engagement, la convention n'est pas le but, elle est le

(1) C. civ., 1372.
(2) C. civ., 1375.

moyen. Lors donc qu'un engagement existe, le moyen qui l'a produit n'est plus chose indifférente; et lorsqu'il s'agit de déterminer son caractère civil ou commercial, c'est à son objet qu'il faut uniquement s'attacher.

Il en est de même du quasi-contrat qui naît du payement d'une chose non due, et qui en même temps qu'il autorise celui qui a payé à réclamer ce qu'il ne devait pas, oblige celui qui a reçu à restituer ce qui ne lui était pas dû (1). Quand la dette payée par erreur est commerciale, le quasi-contrat, qui oblige l'un à restituer et qui autorise l'autre à répéter, a un caractère évidemment commercial, puisque l'existence du quasi-contrat dépend de l'existence même de la dette, et que la question de savoir si une dette commerciale existe ou n'existe pas ne peut être jugée que par les tribunaux de commerce.

Il en est de même encore du quasi-contrat qui naît du jet à la mer, ou de toute autre avarie commune et qui oblige à contribuer à la perte le navire et les marchandises pour le salut commun desquels l'avarie a été volontairement soufferte (2). Jamais on n'a mis en doute que ce quasi-contrat ne fût toujours et esssentiellement commercial.

Enfin, les mêmes règles doivent s'appliquer dans tous les autres cas où le fait quelconque de l'homme qui enrichit une personne au détriment d'une autre, sans intention de la gratifier (3), constitue un fait commercial, ou se rattache à un fait commercial. Alors, le quasi-contrat, qui oblige la personne enrichie à rendre la somme ou la chose dont elle a profité, est un quasi-contrat commercial (4).

2613. Voici pour les quasi-contrats. On doit en dire autant des obligations qui naissent des délits ou des quasi-délits, lorsque le fait constitutif du délit ou du quasi-délit a par lui même un caractère commercial, ou, ce qui a le plus ordinairement lieu, lorsque le fait se rattache à l'exécution d'une obligation com merciale antérieure. C'est ce que la Cour de cassa-

(1) C. civ., 1376 et suiv.
(2) C. comm., 400 et suiv., 410 et suiv.
(3) Voy. *sup.*, n. 2609.
(4) Cass., 11 mai 1868, D., 69, 1, 368.

tion a jugé en termes exprès le 4 mars 1845 (1), dans une espèce où il s'agissait d'une action en dommages-intérêts, portée devant la juridiction commerciale par un commissionnaire de roulage, contre la Compagnie du chemin fer de Paris à Rouen afin de réparation du préjudice que lui aurait causé cette Compagnie en se livrant à l'industrie du roulage en dehors de l'enceinte du chemin fer et de ses dépendances. C'était là imputer à la compagnie un véritable quasi-délit ou fait dommageable, dont ceux qui s'en prétendaient lésés devaient obtenir la réparation. La Compagnie du chemin de fer se fonda d'abord sur cette circonstance pour soutenir que la contestation étant basée sur un quasi-délit, n'avait aucun caractère commercial ; mais elle renonça bientôt à ce système, et la Cour de cassation, par l'arrêt précité, reconnut formellement que la juridiction commerciale était compétente à raison de la matière : « Considérant qu'il n'est plus contesté maintenant que la matière ne soit commerciale, puisqu'elle se rattache à des faits commerciaux dont on induit l'existence d'un engagement formé sans convention.

Il est manifeste, en effet, que la Compagnie du chemin de fer, en se livrant à tort ou à raison à l'industrie du transport des marchandises faisait un acte essentiellement commercial, que les entrepreneurs de roulage, auxquels cette industrie portait préjudice avaient à s'en plaindre un intérêt essentiellement commercial, et que l'engagement ou l'obligation d'indemniser qui pouvait incomber à la Compagnie était un engagement dont le caractère commercial ne pouvait non plus être mis en doute.

Par application du même principe, il a été jugé par la Cour de Paris, le 21 juin 1855, que c'est au tribunal de commerce et non au tribunal civil, qu'il appartient de connaître d'une contestation entre commerçants, relative à un contrat commercial, tel qu'une expédition de marchandises non parvenues en totalité au destinataire, quand même l'action du demandeur prendrait sa base dans un délit ou quasi-délit, tel

(1) S., 45, 1, 273.

qu'une violation de dépôt imputée au défendeur (1); et par la Cour de Dijon le 24 juillet 1866 (2) que l'action en nullité pour fraude d'un transport entre commerçants, pour prêt commercial, du prix de vente d'un fond de commerce est de la compétence du tribunal de commerce.

Il en est ainsi de l'action en réparation du dommage causé par l'abordage de deux navires, parce que cet abordage a eu lieu à l'occasion et dans l'exercice même de l'industrie de ceux à qui appartiennent ces navires ou de ceux pour le compte de qui ils voyagent (3).

Et c'est dans le même sens qu'avant que l'article 16 de la loi du 23 juin 1857, n'eût, par des motifs particuliers, attribué aux tribunaux civils les actions relatives aux marques de fabrique, il avait été jugé (4), que les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître d'une action civile en contrefaçon de marques de fabrique, formée par un commerçant contre un autre commerçant, parce que l'article 631 du Code de commerce, portant que les tribunaux de commerce connaissent des engagements entre négociants, s'applique aussi bien aux engagements nés sans convention qu'à ceux qui dérivent d'une convention.

Par une raison fort analogue, on doit décider que l'action en dommages-intérêts formée par l'acquéreur d'un fonds de commerce contre son vendeur, qui élève indûment dans le voisinage un fonds de commerce du même genre, est de la compétence des tribunaux de commerce. Quoiqu'il s'agisse de la réparation du préjudice causé par un quasi-délit, dit M. Nouguier (5), comme ce quasi-délit a pour origine et pour conséquence des opérations commerciales, il rentre dans la classe des actes qui sont régis par les articles 632 et 638 du Code de commerce.

Il en est de même de l'action en dommages-intérêts di-

(1) S., 56, 2. 715.
(2) S., 66, 2, 358.
(3) Bordeaux, 23 fév. 1863, S., 63, 2, 252; et Cass., 24 août 1863, S., 63, 1, 497.
(4) Aix, 5 août 1842, S., 43, 2, 137; Cass., 26 fév. 1845, S., 45, 1, 660.
(5) *Des tribunaux de commerce*, t. II, p. 354.

rigée par un commerçant contre un commerçant pour faits de concurrence déloyale : cette action est de la compétence des tribunaux de commerce (1).

On peut en dire autant de l'action en responsabilité intentée contre le membre du conseil de surveillance d'une société de commerce (2).

Toutefois, des auteurs n'admettent pas uniformément que les engagements résultant de délits ou de quasi-délits puissent avoir un caractère commercial ; mais ces auteurs manquent sur ce point de précision, et les développements qu'ils donnent à leur opinion en diminuent singulièrement la portée.

Ainsi M. Pardessus (3) commence par poser en principe que, pour qu'une obligation soit réputée commerciale, il faut qu'il y ait engagement, transaction ou obligation expresse ou du moins tacite, ce qui semble exclure les engagements qui se forment sans convention. Mais les exemples qu'il cite permettent de douter qu'il ait entendu émettre une opinion aussi générale, car il ajoute : « un délit ou un quasi-délit, commis par un commerçant même à l'égard d'un autre, ne rendrait pas commerciales les condamnations qui en seraient le résultat (4) : par exemple, si un commerçant en poursuivait un autre pour lui faire rendre des marchandises enlevées par celui-ci sans aucun droit ; s'il exerçait contre lui quelque demande en restitution de marchandises que ce commerçant aurait frauduleusement reçues d'un voleur ou d'un dépositaire infidèle, une telle demande ne serait pas de la compétence commerciale, même quand on se bornerait à réclamer la marchandise ou le prix sans dommages-intérêts... » Sans doute il ne suffit pas qu'un commerçant ait causé un dommage à un autre commerçant pour que l'obligation qui

(1) Aix, 3 juin 1863, S., 64, 2, 167 ; Paris, 28 avril 1866, S., 66, 2, 314 ; et Douai, 11 juin 1868, D., 69, 2, 18.

(2) Cass., 26 mai 1869, D., 69, 1, 351.

(3) *Droit comm.* n. 53.

(4) Expression fort inexacte. Il ne s'agit pas de savoir si la condamnation est commerciale, mais si la condamnation a lieu par suite d'un engagement commercial.

incombe à l'un d'indemniser l'autre du dommage causé et l'action qui naît de cette obligation soient réputées commerciales. Il faut, ainsi que je l'ai déjà dit, que le fait dommageable soit un fait commercial ou qu'il se rattache directement à un fait commercial (1). Sous ce rapport, M. Pardessus a donc raison de dire que l'action qui naîtrait d'une soustraction frauduleuse de marchandises, commise par un commerçant au préjudice d'un autre, n'aurait pas un caractère commercial, parce que le fait même de la soustraction ne pourrait emprunter un caractère commercial, soit de la nature de la chose soustraite, soit de la qualité des parties. Je pense également avec M. Pardessus (2), qu'on devrait décider de même dans le cas où les marchandises indûment enlevées l'auraient été par celui même qui les aurait vendues et livrées à la personne qui les revendique. L'engagement primitif de livrer, qui était commercial, ayant été exécuté, on ne serait pas fondé à prétendre que l'enlèvement illicite est une sorte d'inexécution de cet engagement, ni qu'il s'y rattache, et qu'ordonner la restitution des marchandises enlevées, ou accorder des dommages-intérêts, soit ordonner, en d'autres termes, l'exécution du marché en vertu duquel elles devaient être entre les mains de l'acheteur (3). De même encore le tribunal de commerce serait incompétent pour connaître de l'action formée par un commerçant contre un autre commerçant en restitution de marchandises qui, quoique destinées au premier, ont été par erreur livrées au second et retenues sciemment par lui : c'est là un détournement ordinaire, parce qu'il n'y a aucun lien commercial entre les parties (4).

C'est dans ce sens qu'il a été jugé que l'action en revendication d'une somme obtenue par des moyens frauduleux est de la compétence de la juridiction civile et non de la juridiction commerciale, encore bien qu'un de ces moyens frauduleux ait

(1) Voy. Rouen, 13 avril 1853, S., 53, 2, 695, et Orléans, 13 mars 1857, S., 58, 2, 270.

(2) *Ibid.*

(3) Cass., 11 vendém. an XIII, S., 2, 1, 3.

(4) Paris, 10 mars 1854, S., 55, 2, 534. — V. aussi Cass., 11 mai 1868, D., 69, 1, 368.

consisté à persuader à celui qui a remis la somme et qui ensuite la revendique l'existence entre lui et le défendeur d'une association commerciale purement fictive et imaginaire (1).

Mais si des marchandises se perdent ou se détériorent par la faute de celui à la garde duquel elles sont confiées à un titre commercial quelconque, le quasi-délit, dont il s'est rendu coupable se rattachant à l'obligation commerciale qu'il avait contractée de veiller à leur conservation, produit un engagement commercial d'indemniser le propriétaire de ces marchandises, engagement dont l'exécution peut et doit être poursuivie devant les tribunaux de commerce. Et, à cet égard, M. Pardessus n'émet aucune opinion contraire.

D'autres auteurs, notamment MM. Bioche et Goujet, dans leur *Dictionnaire de procédure* (2), reproduisent la règle posée par M. Pardessus, à savoir que l'action en dommages-intérêts, dirigée par un commerçant contre un autre commerçant, pour obtenir réparation du préjudice que lui a causé un délit ou un quasi-délit, n'a aucun caractère commercial, règle qui n'est vraie, comme on vient de le voir, que si le fait constitutif du délit ou du quasi-délit n'a pas un caractère commercial. Ainsi, la Cour de Paris a fort bien jugé, le 16 mars 1844, dans une espèce où il s'agissait d'une demande en dommages-intérêts formée par une entreprise de voitures publiques contre une autre entreprise du même genre pour réparation du préjudice causé par le choc de leurs attelages, que cette demande était de la compétence des tribunaux civils : « Considérant que, s'agissant dans l'espèce de la réparation et de la responsabilité d'un dommage causé par la mauvaise direction d'une voiture publique aux chevaux attelés à une autre voiture publique, la cause n'avait rien de commercial, et que dès lors le tribunal de commerce était incompétent pour en connaître (3). » Ainsi encore il a été décidé avec raison que l'action du porteur d'un effet de commerce contre l'huissier qui n'a

(1) Cass., 7 janv. 1861, S., 62, 1, 32.

(2) V° *Acte de commerce*, n. 269 et 270. — Voy. aussi MM. Goujet et Merger, *Dict. de droit commercial*, eod. verb., n. 8, 9°.

(3) Même décision de la même cour le 18 janvier 1870, D., 70, 2, 173.

pas fait en temps utile le protêt dont il avait été chargé, ou qui a fait un protêt nul, est de la compétence des tribunaux civils, parce que, de la part de l'huissier, la faute commise n'a rien de commercial (1). Mais il en serait autrement si les dommages-intérêts étaient réclamés par le porteur contre l'endosseur qui aurait employé des manœuvres frauduleuses pour empêcher la rédaction du protêt en temps utile (2), parce que l'endosseur avait un intérêt commercial à empêcher le protêt, de même que le porteur avait un intérêt semblable et corrélatif à ce que le protêt fût fait dans le temps voulu. Par un motif analogue, le porteur d'un effet de commerce qui, au lieu de se présenter le jour de l'échéance pour être payé, ne se présenterait que le lendemain pour protester et qui causerait ainsi un préjudice au débiteur, dont il ébranlerait le crédit commercial, pourrait être actionné en dommages-intérêts devant le tribunal de commerce, parce que, en ne se présentant pas le jour de l'échéance pour mettre le débiteur en demeure et en le menaçant d'un protêt avant de s'être informé s'il n'était pas prêt à payer, il a manqué à ses devoirs comme porteur d'un effet de commerce.

Concluons de là que l'engagement qui naît d'un délit ou d'un quasi-délit, comme celui qui naît d'un quasi-contrat, a un caractère commercial, lorsqu'il constitue par lui-même un fait commercial, ou lorsqu'il se rattache à un fait de cette nature, et que dans ce cas l'action à laquelle cet engagement donne lieu est de la compétence des tribunaux de commerce.

2614. Après ces explications communes aux quasi-contrats et aux délits et quasi-délits, je passe à l'exposition des règles qui sont particulières à ces diverses sources d'engagements. Ces règles ne sont relatives qu'à la manière dont se forment les engagements nés sans convention. Les obligations qui en résultent s'éteignent par les mêmes moyens que les obligations conventionnelles et se prouvent également de la même manière (3).

(1) M. Orillard, *Compét. des tribunaux de commerce*, n. 97.
(2) Cass., 2 août 1827, S., 8, 1, 658; D., 27, 1, 440.
(3) Voy. *sup*, n. 2536.

CHAPITRE PREMIER

DES QUASI-CONTRATS.

Sommaire. — 2615. Définition des quasi-contrats. Différentes sortes de quasi-contrats. — 2616. De la gestion d'affaires. Obligations générales qui en résultent. — 2617. Comment se forme le quasi-contrat de gestion d'affaires... Il faut une affaire déjà née qui en fasse l'objet. — 2618. Il n'est pas nécessaire que le gérant ait l'intention de s'obliger, ni d'obliger le maître. — 2619. Le quasi-contrat de gestion d'affaires oblige donc les incapables. — 2620. Il y a quasi-contrat, soit que le maître ait connaissance de la gestion, soit qu'il l'ignore. — 2621. *Quid*, si elle a lieu contre sa volonté? 2622. De la gestion d'une affaire commune, par un associé. — 2623. Obligations et responsabilité du gérant. — 2624. Obligation de rendre compte. — 2625. Obligations du maître. — 2626. Obligation du maître d'indemniser le gérant de ses impenses utiles et nécessaires, en droit civil et en droit commercial. — 2627. De la preuve de l'utilité de la gestion. en droit civil et en droit commercial. — 2628. Obligations du maître qui a ratifié la gestion. — 2629. Obligations des associés dont l'affaire commune a été gérée par un coassocié. — 2630. Obligations du maître contre la volonté duquel la gestion a eu lieu. — 2631. Quelles sont les impenses dont il doit indemnité. — 2632. Le gérant a-t-il droit à un salaire? — 2633. De la répétition de l'indu ; obligations de celui qui a reçu ; droits de celui qui a payé. — 2634. A qui et contre qui est ouverte l'action en répétition. — 2635. Est-elle ouverte contre le mandataire qui a reçu pour le mandant. — 2636. *Quid*, en matière d'assurances pour compte ? — 2637. *Quid*, en matière de créances divisibles? — 2638. De la somme indûment reçue par un associé. — 2639. C'est à celui qui répète à prouver l'indu. — 2640. Des intérêts dus par celui qui a reçu de mauvaise foi; répétitions usuraires. — 2641. Restitution des marchandises indûment reçues, de leur prix ou de leur valeur. — 2642. Dépenses dont on doit tenir compte à l'indu possesseur. — 2643. De l'obligation de contribuer aux avaries communes. Ce qu'on entend par avaries communes. — 2644. Quelles avaries sont communes. — 2645. Il n'y a lieu à contribution que lorsque l'avarie commune sauve le navire. — 2646. Comment se fait la contribution?

2615. Nous avons défini le quasi-contrat, tout fait licite quelconque de l'homme qui, en enrichissant une personne au détriment d'une autre, oblige celle que ce fait enrichit, sans qu'il y ait intention de la gratifier, à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie (1).

Le code civil ne contient de détails que sur les deux faits particuliers qui donnent le plus ordinairement naissance aux

(1) Voy. *sup.*, n. 2608.

quasi-contrats, la gestion d'affaires et le payement de l'indû. Cependant cette énumération n'a rien de limitatif; parce qu'une personne peut, sans contrat et par tout autre moyen que la gestion d'affaires et le payement d'une chose non due, s'enrichir aux dépens d'une autre personne qui n'a pas l'intention de la gratifier ; et que dans tous les cas où cet enrichissement a lieu, la personne qui en a profité est obligée envers la personne à laquelle il préjudicie. Le Droit commercial fournit d'ailleurs un autre exemple d'un quasi-contrat dans l'obligation de contribuer aux avaries communes, ou aux pertes volontairement souffertes par le navire ou par la marchandise pour le salut commun de l'un et de l'autre (1). Toutefois, comme les quasi-contrats résultant de la gestion d'affaires et du payement de l'indu sont en même temps les plus fréquents et les mieux caractérisés de ceux qu'offre le Droit civil, nous suivrons l'exemple du Code et de tous les auteurs qui ont traité cette matière, en bornant nos explications à celles dont ces deux quasi-contrats nous fournissent le texte et à quelques détails sommaires sur les avaries communes, ainsi que sur la contribution qui en est la conséquence.

2616. Commençons par la gestion d'affaires.

La gestion d'affaires est le fait purement volontaire de celui qui, sans mandat, gère l'affaire d'autrui (2).

De ce fait naît un double engagement personnel, d'une part, au gérant, qu'il oblige à continuer la gestion commencée et à l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; à se charger également de toutes les dépendances de la même affaires (3) ; à poursuivre sa gestion encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction (4) ; à apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille (5) ; en un mot, qui le soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat

(1) C. comm., 400 et suiv., 410 et suiv.

(2) C. civ., 1372.

(3) *Ibid.*

(4) C. civ., 1373.

(5) *Ibid.*, 1374.

exprès que lui aurait donné le propriétaire (1); et, d'autre part, au maître dont l'affaire a été bien administrée, qu'il oblige à remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom ; à l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris et à lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites (2).

2617. Remarquons tout d'abord qu'il ne suffit pas, pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires, qu'une affaire ait été volontairement faite pour autrui : il faut que le gérant ait volontairement fait l'affaire d'autrui ; c'est-à-dire, qu'il préexiste à la gestion une affaire qui puisse en être la matière. C'est là un point très-important et que MM. Delamarre et Lepoitvin, dans leur *Traité du contrat de commission*, ont fort bien mis en lumière (3). « *Faire l'affaire d'autrui*, disent-ils, *c'est gérer*, *administrer* sans mandat, une affaire dont un autre est déjà propriétaire, comme si je faisais travailler à votre maison qui a besoin de réparations urgentes, ou donner un radoub à votre navire endommagé par la tempête, afin de le mettre en état de reprendre son voyage. — *Faire une affaire* pour autrui, c'est lorsque, aussi sans mandat, vous faites pour moi quelque affaire, laquelle n'accède pas naturellement à une autre affaire dont je suis déjà le maître ou qui n'en est pas la continuation ou une conséquence, comme si vous débutiez par me faire construire un hôtel ou par faire acheter pour moi en bourse 25,000 fr. d'effets cotés. » Dans le premier cas, ces auteurs conservent au tiers le nom de *negotiorum gestor*, et ils lui donnent dans le second le nom de *negotiorum susceptor*. Ils signalent ensuite, avec autant de précision que de sagacité, les différences qui caractérisent les conséquences de ces deux hypothèses. Le *negotiorum gestor*, qui gère une affaire appartenant déjà au maître quand il a commencé la gestion, n'a pas besoin d'être approuvé par le maître; il l'est *à priori* par la loi pour tout ce qui est de bonne administration. Le *negotiorum susceptor*, au contraire, qui prend sur lui de faire pour

(1) C. civ., 1372.
(2) *Ibid.*, 1375.
(3) T. I, n. 125.

quelqu'un, qui ne l'en a pas chargé, une affaire toute nouvelle, ne peut jamais engager que lui-même si on ne l'approuve pas. En d'autres termes, le fait du *negotiorum gestor* seul produit un quasi-contrat : le fait du *negotiorum susceptor* ne produit par lui-même ni contrat, ni quasi-contrat. Si donc le commis que vous avez préposé à la direction de votre maison de commerce étant venu à décéder en votre absence, un tiers intervient pour le remplacer et veiller à vos intérêts, jusqu'à ce que vous ayez pu y pourvoir, il y a là quasi-contrat de gestion d'affaires qui établit forcément des rapports d'obligation entre vous et celui qui s'est chargé avec bienveillance de vos affaires. Si, au contraire, ce tiers, beaucoup trop officieux, entreprend pour vous un commerce que vous n'aviez pas coutume de faire, vous ne serez nullement obligé par son fait, pas plus qu'il ne sera obligé envers vous, à moins qu'il ne soit intervenu plus tard une convention par laquelle vous avez pris pour votre compte tout ce qui a été fait en votre nom (1).

2618. Dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, c'est le fait seul de la gestion qui produit l'engagement réciproque du gérant et du maître de l'affaire : il n'est pas nécessaire que le gérant ait eu l'intention de s'obliger ou d'obliger celui dont il a fait l'affaire ; il suffit qu'en faisant l'affaire d'autrui, il ait enrichi celui dont il a fait l'affaire pour qu'il ait une action en répétition, et il suffit qu'il ait pu tirer lui-même un avantage de sa gestion, pour qu'il soit obligé d'en rendre compte : c'est l'équité qui veut cela, parce que c'est l'équité qui veut qu'on ne puisse s'enrichir aux dépens d'autrui : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento locupletari* (2). La volonté de s'obliger activement ou passivement n'est donc pour rien dans l'obligation (3).

2619. Il suit de là, que pour être obligé par le quasi-contrat de gestion d'affaires, soit comme gérant, soit comme maître,

(1) Rote de Gênes, *decis*. 39, n. 4. — Voy., au surplus, ce que j'ai déjà dit des stipulations pour autrui, *sup.*, t. III, n. 1714 et suiv.

(2) L. 206, ff. *De reg. jur.*

(3) Toullier, t. XI. n. 22.

il n'est pas nécessaire d'être capable de contracter. Les femmes mariées, les mineurs non autorisés à faire le commerce, les faillis, peuvent donc, soit par leur fait comme gérant l'affaire d'autrui, soit par le fait d'autrui quand c'est leur affaire qui a été gérée, être obligés commercialement par un quasi-contrat de gestion d'affaires. L'article 1372 exige, il est vrai, que le fait qui produit le quasi-contrat soit volontaire ; mais la volonté porte ici sur le fait seul et non sur les engagements qui en résultent.

2620. Il y a plus : il n'est même pas nécessaire, pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires et, par suite, engagement réciproque, que celui dont l'affaire est gérée ait connaissance de la gestion : l'engagement peut se former à son insu. C'est ce qu'exprime formellement l'article 1372 du Code civil, en disant qu'il y a quasi-contrat de gestion d'affaires, lorsqu'on gère volontairement l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore. Par là le Code s'écarte de la doctrine de Pothier, qu'il suit d'ordinaire, doctrine suivant laquelle il fallait pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, que celui qui avait fait l'affaire de quelqu'un l'eût faite à son insu (1). Car, dit Pothier, lorsque vous avez fait l'affaire de quelqu'un à son vu et à son su et qu'il l'a souffert, il est censé vous avoir donné un mandat tacite de la faire (2), et c'est le cas du contrat de mandat, et non du quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Cette différence entre Pothier et le Code civil proviendrait, d'après M. Toullier, de ce que le Code ne reconnaîtrait pas le mandat tacite (3). Faisant un raisonnement *à contrario* et se fondant sur ce que le mandat tacite aurait continué de subsister dans le commerce, MM. Delamarre et Lepoitvin en concluent qu'en Droit commercial il n'y a gestion d'affaires qu'autant que l'affaire a été gérée à l'insu du propriétaire (4). Je n'admets pas cette con-

(1) *Du quasi-contrat negot. gest.*, n. 81.

(2) *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.* L. 60, *De reg. jur.*

(3) T. XI, n. 25.

(4) T. I, n. 132.

clusion. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner si le Code reconnaît ou ne reconnaît pas le mandat tacite et si le mandat tacite, qui n'existerait plus en Droit civil, subsiste encore un Droit commercial ; mais, en supposant qu'il subsistât exceptionnellement en Droit commercial, ce ne serait pas une raison pour décider qu'il n'y a gestion d'affaires qu'autant que l'affaire est gérée à l'insu du maître. Il n'en pourrait être ainsi qu'autant que toute gestion faite au su et vu du maître impliquerait un mandat tacite. Or, cela n'est pas. Tout dépend ici des circonstances qui peuvent être telles, que, même en ayant connaissance de la gestion, le maître ne veuille pas donner un mandat au gérant. Supposons que le maître soit éloigné du lieu où il sait que son affaire est gérée, et, qu'à raison de cet éloignement, il ne soit pas à même d'apprécier l'utilité de la gestion. Il est clair alors que s'il s'abstient prudemment de se prononcer, son silence ne peut équivaloir à un mandat tacite et que celui qui, de son propre mouvement, s'est constitué *negotiorum gestor*, ne peut se prévaloir d'un mandat sur lequel il ne comptait pas et qu'il n'a pas été dans l'intention du maître de lui donner.

2621. On doit même décider qu'il y a quasi-contrat *negotiorum gestorum*, encore que la gestion ait eu lieu malgré la défense du maître, parce que, dans les principes de notre droit, ce quasi-contrat repose sur le fait seul de la gestion volontaire et non sur un consentement réciproque, et que la défense du maître ne porte aucune atteinte au fait (1). Nous verrons bientôt quelles sont, dans ce cas, les conséquences de la gestion d'affaires relativement aux droits respectifs du gérant et du maître (2).

2622. Il y a gestion d'affaires, quoique l'affaire faite ne regarde le maître que pour partie et que pour le surplus elle regarde le gérant (3), par exemple, quand une affaire com-

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. 1, n. 134 et suiv. — Voy. aussi Pothier, n. 181 et suiv., et Toullier, t. XI, n. 55.

(2) Voy. *inf.*, n. 2630.

(3) L. 6, § 4; L. 31, § 7, ff. *De negot. gest.*; Casaregis, *Disc.* 30, n. 87.

mune à des associés est faite par l'un d'eux qui n'est pas le gérant de la société et qui n'a reçu, d'ailleurs, aucun mandat particulier pour la faire. Néanmoins, dans cette hypothèse, il n'y a gestion d'affaires que lorsque l'associé a agi au nom de la société et non pas en son nom personnel : *Quandò communi nomine et non propriò tantùm negotium gestum fuerit* (1).

Mais, dans le doute, on devrait présumer qu'il a agi au nom de la société : *Ubi non constaret quo nomine gestum fuerit, semper præsumendum est illud fuisse communi nomine gestum* (2).

2623. La gestion d'affaires impose au gérant plusieurs sortes de devoirs ou d'obligations, dont les unes se rapportent à la gestion même et dont les autres sont une conséquence de cette gestion. Ainsi, comme nous l'avons déjà vu, le gérant qui s'est volontairement chargé de l'affaire d'un tiers est obligé de continuer la gestion qu'il a commencée et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même. Il doit également se charger des dépendances de la même affaire (3). Mais il n'est pas obligé de se charger de toutes les affaires qui peuvent, dans le même temps, survenir au propriétaire pour lequel il intervient. Assimilé, en quelque sorte, à un mandataire spécial, il ne peut jamais l'être à un mandataire général tenu d'accomplir toutes les affaires sans distinction, ou toutes les affaires d'un certain ordre comprises dans son mandat.

De plus, aux termes de l'article 1374, il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. Il suit de là, qu'il est responsable du dommage souffert par la chose, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. On doit même apporter une grande sévérité dans l'appréciation de la responsabilité du *negotiorum gestor*. C'est souvent une faute que de s'immiscer dans les affaires d'autrui : *Culpa est se immiscere rei ad se*

(1) Casaregis, *ibid.*, n. 88.
(2) *Ibid.* — Voy. *inf.*, n. 2639.
(3) C. civ., 1372.

non pertinenti (1); et c'en est toujours une quand on n'y apporte pas la plus exacte diligence et qu'on se borne à faire ce qu'on aurait fait pour soi-même. *Ad exactissimam diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior et commodiùs administraturus esset negotia* (2). Selon le Droit romain, il n'y avait que les cas fortuits dont le gérant ne répondît pas : *Negotium alienum gerentes casum fortuitum præstare non compelluntur* (3). Cependant cette dernière règle n'était pas sans exception, et on admettait des cas où le *negotiorum gestor* répondait même du cas fortuit. Tel est celui où un tiers avait entrepris, au nom d'un absent, un commerce auquel celui-ci n'avait pas l'habitude de se livrer : le gérant était responsable des pertes qui, par cas fortuit, étaient survenues dans ce commerce. C'était l'opinion du jurisconsulte Proculus : *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum præstare debes. Sed, Proculus interdùm, etiam casum præstare debes; veluti si novum negotium quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti venales novitios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo; nam si quid damnum ex eâ re secutum fuerit, te sequetur, lucrum verò absentem. Quòd si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet* (4). Bien que cet exemple ne se rapporte pas, ainsi que nous l'avons déjà vu (5), à un cas de gestion d'affaires, cependant le principe de la solution n'en est pas moins exact en ce sens, qu'il doit s'appliquer dans tous les cas où, à raison des circonstances de l'affaire, le gérant peut être réputé avoir commis, soit une faute, soit une imprudence, en s'en chargeant. Alors, en effet, l'imprudence ou la faute commise dès l'origine réagit sur les suites, et le gérant doit répondre des cas fortuits auxquels l'affaire n'aurait pas été exposée s'il ne s'en était pas chargé.

(1) L. 36, ff. *De reg. jur.*
(2) L. 22, Cod. *De negot. gest.*
(3) *Ibid.*
(4) L. 11, ff. *De negot. gest.*
(5) Voy. *sup.*, n. 2617.

Par contre, les circonstances qui ont conduit le gérant à se charger de l'affaire peuvent être telles qu'il y aurait de l'injustice à le rendre responsable de son imprudence et même d'une simple faute qui ne revêtirait aucun caractère dolosif. Dans ce cas, l'article 1374 autorise les juges à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant. Telle était la décision de Labéon approuvée et reproduite par Ulpien : *Interdùm in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodò versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, æquissimum esse dolum duntaxat te præstare* (1).

2624. Mais la principale obligation du gérant, et celle-ci, au lieu de se rapporter à la gestion même, en est la conséquence, c'est l'obligation de rendre compte. Ce compte doit comprendre, d'une part, ce que le gérant a reçu ou dû recevoir pour le maître de l'affaire, et, d'autre part, les impenses dont le maître lui doit indemnité (2). La reddition du compte n'est donc pas seulement pour le gérant l'accomplissement d'un devoir; c'est, de plus, une mesure nécessitée par son intérêt personnel, puisqu'il ne peut avoir d'action contre le maître pour le recouvrement de ses impenses qu'autant qu'il lui en est dû : ce qu'il ne peut établir qu'au moyen d'un compte qui mette en regard la recette et la dépense.

2625. Ceci nous conduit naturellement à l'examen des obligations du maître. Le maître dont l'affaire a été bien administrée, dit l'article 1375 du Code civil, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.

La première de ces obligations, qui consiste à remplir les engagements contractés par le gérant au nom du maître, ne pèse sur celui-ci qu'autant que ces engagements se rapportent à l'affaire et qu'ils en sont la conséquence nécessaire. Relativement aux engagements qui ne se rapporteraient pas à

(1) L. 3, § ff. *De negot. gest.*

(2) *Actio negotiorum gestorum datur adversùs gerentem solùm pro ratâ gestionis.* Casaregis, *Disc.* 30, n. 33.

l'affaire, le gérant ne serait pas un *negotiorum gestor*, mais un *negotiorum susceptor*, et les engagements qu'il aurait pris constitueraient des promesses ou des stipulations pour autrui, qui ne lieraient le maître qu'autant qu'il les aurait ratifiées et qui ne lieraient pas nécessairement envers lui ceux avec qui le gérant aurait traité (1).

2626. On peut en dire autant de l'obligation du maître d'indemniser le gérant des engagements personnels qu'il a pris et de lui rembourser les dépenses qu'il a faites. Pour que le maître soit obligé, il faut que les engagements personnellement pris par le gérant et que les dépenses par lui faites se rapportent à l'affaire dont il s'est bénévolement chargé. En d'autres termes, il faut, pour que le maître soit obligé par le le fait du gérant, que l'affaire ait été bien administrée, cest-à-dire qu'en faisant ce qu'il devait faire le gérant n'ait fait que ce qu'il devait faire.

Mais tout cela ne suffit pas pour que le maître soit obligé par le fait du gérant : ce n'est pas assez que l'affaire ait été bien faite en elle-même; il faut de plus qu'elle ait été utilement faite. Ceci demande quelques explications qui me semblent d'autant plus nécessaires qu'on a quelquefois émis sur ce sujet des idées qui ont besoin de rectification.

Dans leur *Traité du contrat de commission*, MM. Delamarre et Lepoitvin ont consacré à la gestion d'affaires un chapitre qui est, sans contredit, l'un des plus remarquables de cet ouvrage plein de mérite, mais dans lequel l'esprit de système fausse quelquefois la rectitude des déductions. MM. Delamarre et Lepoitvin partent souvent de cette idée, que le Droit commercial est distinct du Droit civil tellement que le Code civil même dans le cas où aucune disposition particulière des lois commerciales n'y déroge, ne serait pas la loi générale des affaires commerciales comme il est celle des affaires civiles. Ce système, que je n'ai jamais perdu l'occasion de combattre (2) et dont le moindre inconvénient serait de livrer le Droit commercial à l'arbitraire des doctrines individuelles et

(1) Voy. *sup.*, n. 2617.
(2) Voy. *sup.*, t. I, n. 82 et suiv.; t. III, n. 1450 et suiv.

à l'incertitude des usages, s'est emparé à tel point de l'esprit de ces savants auteurs, que plus d'une fois, ils ont été conduits à donner aux dispositions du Code civil une explication contraire à celle qu'elles doivent recevoir, pour attribuer ensuite exclusivement au Droit commercial des règles qu'en réalité il ne fait qu'emprunter au droit civil (1). C'est ce qui est arrivé ici, sur le point de savoir dans quels cas le maître est obligé par le fait du gérant, et spécialement dans quels cas le maître est tenu d'indemniser le gérant de ses dépenses.

Suivant MM. Delamarre et Lepoitvin (2), il y a à cet égard une notable différence entre le Droit civil et le Droit commercial. Dans la gestion civile, disent-ils, il n'y a pas à distinguer si son résultat est une perte ou un profit. Il suffit pour que le gérant ait droit à ses impenses, que l'affaire ait été *bien administrée*, c'est-à-dire qu'avant d'être entreprise, la gestion ait dû être jugée nécessaire ou utile pour tout bon père de famille, et que dans son administration le gérant n'ait pas commis de ces fautes qu'un bon père de famille n'a pas coutume de commettre : *Initium spectandum est* (3). Au contraire, dans le Droit commercial, à la différence de la gestion du Droit civil, la règle *initium spectandum est* ne s'applique point à la gestion d'affaires dont l'utilité s'apprécie, non par l'effet qu'elle semblait naturellement promettre quand elle fut entreprise, mais par celui qu'elle a produit en résultat ; en sorte que le commerçant, dont l'affaire a été gérée à son insu, n'est engagé qu'autant qu'il approuve la gestion ou que l'utilité en est démontrée par sa propre évidence, et, en quelque sorte, sans autre secours que le simple énoncé du fait (4).

Je crois que cette différence prétendue entre le Droit civil et le Droit commercial, quant aux effets obligatoires de la gestion d'affaires, n'est autre chose qu'une supposition que rien ne justifie ; je crois qu'en Droit civil comme en Droit commercial, c'est l'utilité de la gestion qui oblige le maître à

(1) Voy. par exemple, *sup.*, t. III, n. 1841 et suiv.
(2) T. I, n. 144 et suiv.
(3) N. 145.
(4) N. 146.

indemniser le gérant de ses impenses, et que si cette utilité peut et doit être diversement appréciée selon les circonstances et la nature de l'affaire gérée, cette diversité ne dépend pas de la nature commerciale ou civile de l'affaire.

En effet, aucune disposition du Code civil ne détermine le degré d'utilité nécessaire pour que la gestion donne naissance à l'obligation du maître, d'indemniser le gérant. L'article 1375 se borne à dire que le maître, dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris et lui rembourser toutes les dépenses *utiles* ou nécessaires qu'il a faites. Qu'entend cet article par dépenses *utiles?* Quand peut-on dire que l'affaire a été *utilement* gérée? C'est ce que l'article 1375 n'explique pas, et c'est ce qu'il ne pouvait expliquer sans se lancer dans le champ indéterminé des hypothèses et sans courir le risque de s'égarer dans un dédale de distinctions dont chaque espèce nouvelle eût démontré l'insuffisance. Il reproduit le principe du Droit romain : *Is enim negotiorum gestorum habet actionem qui utiliter negotia gessit* (1). Mais il s'est bien gardé de reproduire la règle qui faisait dépendre l'utilité de l'origine de l'affaire plutôt que du résultat de la gestion (2); pas plus qu'il ne reproduit celle qui faisait dépendre l'utilité de la nécessité (3). De même donc qu'il ne serait pas permis aujourd'hui de poser en principe absolu de Droit civil, qu'il n'y a de gestion utile que celle qui a été nécessaire, de même aussi on ne pourrait, sans ajouter arbitrairement au texte de l'article 1375, décider que c'est toujours l'origine de l'affaire qui en détermine l'utilité, quels qu'en puissent, d'ailleurs, être les résultats (4). Il suit de là, que si l'axiome *initium spectandum est* n'est pas une règle nécessaire du Droit civil, le Droit commercial en ne la suivant pas ne peut être con-

(1) L. 10, § 1, ff. *De negot. gest.*

(2) *Is autem qui negotiorum gestorum agit non solùm si effectum habuit negotium quod gessit, actione eâ utitur, sed sufficit si utiliter gessit, et si effectum habuit negotium. (Ibid.)*

(3) *Non autem utiliter negotia gerit qui rem non necessariam vel quæ oneratura est patrem familias aggreditur. (Ibid.)*

(4) Marcadé, sur l'art. 1375.

sidéré comme apportant une dérogation au Droit civil; et qu'en Droit commercial comme en Droit civil, l'utilité de la gestion se détermine, selon les circonstances, tantôt par le début de l'affaire, *ab initio*, tantôt par son issue, *ab effectu*. Cela est si vrai, que MM. Delamarre et Lepoitvin ne peuvent s'empêcher de reconnaître eux-mêmes, en définitive, que dans les affaires commerciales il serait quelquefois souverainement injuste de laisser à la charge du *negotiorum gestor* les frais d'une gestion qui n'a pas réussi, *sine effectu* (1); ce qui revient à dire que, dans les affaires commerciales, comme dans les affaires civiles, on doit, en certains cas, tenir compte des circonstances dans lesquelles l'affaire a été entreprise, *initium spectandum est*. Ensuite, doit-on tenir compte plus souvent des commencements de l'affaire dans la gestion civile, et plus souvent des résultats dans la gestion commerciale? ou bien est-ce le contraire qui est vrai? J'avoue que est là une question dont je me préoccupe peu, parce que je n'en vois pas l'intérêt au point de vue du droit et que je ne saurais, d'ailleurs, dans quelle statistique trouver les éléments de sa solution. Ce qui me paraît vrai, c'est, qu'en général, dans le commerce, comme dans le civil, on doit s'attacher plutôt à l'issue de l'affaire qu'à son origine pour déterminer l'utilité de la gestion, parce qu'il y a souvent une certaine indiscrétion à se charger, *proprio motu*, des affaires des autres, et qu'il y aurait une sorte d'injustice à rendre le maître responsable des dépenses faites sans résultat dans une affaire gérée sans ordre; ce qui n'empêche pas qu'une affaire sans résultat *utile* puisse avoir été utilement gérée.

Aussi, les anciens docteurs, qui ont traité de la gestion d'affaires sous le rapport du Droit commercial, se sont-ils bien gardés, en parlant de l'utilité qui doit caractériser la gestion, de déterminer d'une manière dogmatique en quoi consiste cette utilité. Ils se bornent à dire que la gestion doit être utile (2). Un passage de Casaregis semble, il est vrai, faire dé-

(1) N. 148.

(2) Voy. Ansaldus, *Disc.* 17, n. 32, et *Disc.* 44, n. 19. *Negotium utile*,

pendre l'utilité de la gestion de l'issue de l'affaire : *Hæc actio negotiorum gestorum semper datur ubi quis aliena negotia utiliter gessit, et hæc utilitas debet esse cum effectu. Ideò nunquam illo adesse dicitur quando absque ullâ necessitate et urgentia negotium geritur et domino nihil interesset* (1). Mais, on le voit, si Casaregis parle ici d'une utilité, *cum effectu*, ce n'est pas précisément à l'issue de l'affaire qu'il se reporte pour connaître si l'utilité est réelle et effective, mais à sa nature même, qui lui imprimait un caractère d'urgence et de nécessité. On se tromperait donc en attribuant à ce passage de Casaregis un sens limitatif, qu'une saine interprétation lui refuse et que ne lui reconnaissent même pas MM. Delamarre et Lepoitvin (2), bien que ce sens limitatif et restrictif fût venu à l'appui de leur système.

Concluons de là, qu'en matière commerciale, comme en matière civile, c'est aux juges qu'il appartient d'apprécier l'utilité de la gestion d'après les circonstances et la nature de l'affaire.

2627. Il est un autre point sur lequel MM. Delamarre et Lepoitvin cherchent encore à établir une différence essentielle entre la gestion civile et la gestion commerciale, mais sur lequel je ne puis me résoudre à voir autre chose qu'une similitude parfaite entre les deux hypothèses. C'est en ce qui touche la preuve de l'utilité. Selon eux, quand dans les affaires civiles l'utilité de la gestion n'est pas évidente, il n'y a aucun inconvénient à ce que le gérant soit admis à la prouver (3). Dans les affaires commerciales, au contraire, cette preuve n'est pas admissible, et le gérant n'a droit à ses impenses qu'autant que l'utilité de la gestion est évidente par elle-même, à moins que le maître, en la ratifiant, n'ait fait siens les engagements pris par le *negotiorum gestor* (4).

utilitas gestionis.— Actio negotiorum gestorum competit illi qui alicujus negotia utiliter gessit. Casaregis, *Disc.* 22, n. 38.

(1) *Disc.* 30, n. 86.

(2) N. 148.

(3) N. 145.

(4) N. 146.

Ce système, qu'ils appuyent d'une opinion de Casaregis sur laquelle je reviendrai tout à l'heure, me paraît beaucoup trop absolu dans l'un et l'autre sens. Nul doute que dans une gestion civile, quand l'utilité de la gestion n'est pas évidente et manifeste, on ne puisse en certains cas être admis à la prouver par l'examen des affaires du maître qui en aurait profité. Mais nul doute aussi qu'il puisse se présenter des cas dans la gestion civile, où il ne peut être permis au gérant de fouiller dans la vie et dans les relations d'un individu, de scruter l'état de sa fortune et de ses affaires pour établir l'utilité d'une gestion qui n'apparaît pas d'une manière évidente et manifeste. De même dans les affaires commerciales, s'il y a des cas où ces investigations ne peuvent être autorisées, il y en a d'autres où la preuve de l'utilité de la gestion peut se faire sans aucun danger et dans lesquels il serait souverainement injuste, sous prétexte de la nature commerciale d'une affaire, d'en laisser les dépenses au compte du gérant qui offre de démontrer l'utilité de la gestion. Un seul exemple prouvera qu'il y a sur ce point une similitude complète entre la gestion commerciale et la gestion civile.

Je ne suis pas commerçant : pendant que je suis absent pour un voyage qui doit durer plusieurs mois, un de mes débiteurs, dont la dette n'est pas encore échue, devançant l'époque du payement, se présente pour l'acquitter. Un tiers intervient, reçoit la somme qui m'est due et, au lieu de la garder à ma disposition, il croit bien faire de la placer avantageusement sur hypothèque pour cinq ans. A mon retour, je n'approuve pas cette gestion, je reconnais que le gérant a utilement reçu ce qui m'était dû par un homme qui pouvait plus tard devenir insolvable, mais je le blâme de m'avoir privé de la disponibilité de mon capital en le plaçant sur hypothèque. Pour justifier mes plaintes, serais-je obligé d'expliquer que j'ai des dettes au payement desquelles je voulais affecter la somme qui m'était due, et dont mon *negotiorum gestor* a disposé d'une manière utile en elle-même, mais qui en définitive m'est préjudiciable ? Dans le système de MM. Delamarre et Lepoitvin, l'affirmative ne serait pas douteuse, et il n'y au

rait nul inconvénient à permettre aux parties la preuve de leurs maintiens contraires (1). Quant à moi, j'y trouve de grands inconvénients; et parce qu'un tiers, avec les meilleures intentions du monde, est venu se mêler de mes affaires, je ne vois pas pourquoi je serais obligé de l'initier au fond de ma position, de lui produire l'état de mes dettes et de lui permettre d'en contrôler l'exactitude et la sincérité?

Si, au contraire, j'étais commerçant, qu'en mon absence un tiers bienveillant ait touché ce qui m'était dû et qu'au lieu de tenir la somme à ma disposition, il l'eût placée en marchandises dont je fais le commerce croyant agir au mieux de mes intérêts, tandis que je comptais l'affecter à la provision ou au remboursement d'une lettre de change, MM. Delamarre et Lepoitvin n'hésitent pas à décider que, dans ce cas, on ne pourra m'obliger, pour prouver l'inutilité du placement, à divulguer le secret de mes affaires (2). Cela est vrai dans un grand nombre de cas. Mais, je le demande, en quoi la nature commerciale de l'affaire peut-elle être ici de quelque considération? et, pourquoi, en principe, un silence prudent serait-il le droit des commerçants, tandis que l'indiscrétion serait le devoir des simples particuliers?

Il est remarquable, du reste, que Casaregis, dont ces auteurs invoquent l'opinion, ne dit rien qui puisse faire croire que dans le commerce l'utilité de la gestion doive se prouver autrement que dans la vie civile. Il emprunte la doctrine des commentateurs du Droit romain, qui n'écrivaient pas pour le commerce, et il donne à cette doctrine un caractère général et de Droit commun, qui ne permet pas de croire qu'il ait voulu l'appliquer plutôt à la gestion commerciale qu'à la gestion civile. Que dit Casaregis? Il distingue avec les docteurs deux sortes de gestion d'affaires : *Una quæ nuncupatur* ipso gestu *vel* ipsâ re, *aut* actione, *quia verè ab ipso actu, sive ab ipso negotio facto à gestore statim perficitur quasi contractus, ex quo oritur eodem tempore obligatio, atque actio negotiorum gestorum tam directa, quàm respectivè contraria gestori et absenti pro quo con-*

(1) N. 145.
(2) N. 146.

tractus aut utile negotium gestum fuit, absque eo quod necesse sit expectare atque habere ab ipso absente consensum aut ratihabitationem... et sub hâc specie utilis gestionis veniunt tantùm illa negotia quæ sunt absque dubio utilia, nempè ea quæ aliquod lucrum eis afferunt, vel aliquod damnum imminens advertunt vel impediunt... Altera species negotii gesti vocatur ratihabitio, *quia, cum utilitas hujusmodi negotii gesti certa et indubitata non sit, ideò requiritur in hâc specie ratihabitio illius pro quo gestum fuit, ad hoc ut inducatur et oriatur reciprocè inter eos respectivè obligatio atque actio* (1). Rien de plus juste assurément que cette distinction entre la gestion utile par elle-même *re ipsâ*, et celle qui ne devient utile que parce que le maître consent, en la ratifiant, à s'approprier les faits du gérant. Mais aussi rien de plus injuste que de vouloir appliquer exclusivement cette distinction au Droit commercial, quand son caractère incontestable d'équité la généralise et quand d'ailleurs Casaregis lui-même l'emprunte au Droit civil. Si donc l'évidence de l'utilité doit, dans un grand nombre de cas, être la condition du Droit, qui appartient au gérant, de répéter ses impenses, cette condition est commune au Droit civil et au Droit commercial; et dans ce cas encore, pour établir une différence entre la gestion commerciale et la gestion civile, il a fallu modifier arbitrairement les règles du Droit civil et lui supposer des tendances que rien ne justifie.

2628. En résumé le maître n'est obligé envers le *negotiorum gestor*, que si l'affaire a été bien et utilement faite, à moins qu'il ne l'ait ratifiée : auquel cas il n'est pas obligé par l'effet du quasi-contrat de gestion d'affaires, mais par suite d'un véritable contrat formé par le consentement que suppose la ratification ; et il est manifeste que, dans cette hypothèse, le maître pourrait s'obliger par une ratification, alors même que la gestion lui aurait été préjudiciable : *Actio negotii gesti competit gestori contrà absentem cujus negotium gessit licet gestum fuisset in ejus damnum, si fuit ab absente posteà ratificatum* (2).

(1) *Disc.* 197, n. 14, 15 et 16.
(2) Casaregis, *Disc.* 197, n. 16. — Voy. *sup.*, n. 2625.

2629. Si l'affaire avait été gérée par un associé au nom de la société, les autres associés seraient tenus de lui rembourser ses impenses dans la proportion de l'utilité dont la gestion aurait été pour chacun deux. *In vim hujus actionis tenentur alii socii pro re et negotio utiliter gesto contribuere ad omnes expensas per gerentem factas ad ratam utilitatis quam quisque sensit* (1). Mais si le gérant avait fait l'affaire en son nom seul, il n'aurait rien à répéter contre ses coassociés : *Et id procedit quandò communi nomine fuit negotium commune utiliter gestum. Si verò negotium commune fuit tantùm per gerentem proprio nomine gestum, tunc socii ad nihil contribuendum pro expensis tenentur* (2). A moins cependant que le gérant n'eût plus dépensé que s'il n'avait voulu faire l'affaire que pour lui, parce que, dans ce cas, on doit supposer qu'il a fait l'affaire pour tous et que tous sont appelés à en profiter : *Nisi gerens plus expendidisset quàm non expendidisset si solùm ejus portionem consequi voluisset* (3).

2630. Nous avons vu plus haut (4) qu'il y a quasi-contrat de gestion d'affaires, alors même que la gestion a eu lieu malgré la défense du maître. Il est manifeste que dans ce cas le gérant qui veut pouvoir répéter ses impenses est tenu de rendre compte. Mais le maître, à qui ce compte est rendu sans qu'il l'ait demandé et sans qu'il ait rien fait pour ratifier la gestion à laquelle il s'était opposé, est-il obligé par les faits du gérant et tenu de l'indemniser de ses impenses?

A Rome, Paul et Pomponius s'étaient prononcés pour la négative : *Si pro te præsente et vetante fidejusserim* (c'est Paul qui parle), *nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dare oportere, quibus non consentio secundum quod et Pomponio videtur* (5). Cette décision, d'après laquelle le gérant n'avait contre le maître ni l'action de mandat, ni l'action *negotiorum gestorum*, ni même une action utile fondée sur l'équité qui ne permet jamais de s'enrichir aux dépens

(1) *Ibid.*, *Disc.*, 30, n. 89. V. Cass., 8 janvier 1862, S., 62, 1, 477.
(2) *Ibid.*, n. 90.
(3) *Ibid.* — Voy. *sup.*, n. 2622.
(4) Voy. *sup.*, n. 2621.
(5) L. 40, ff. *Mand.*

d'autrui, avait été formellement confirmée dans toutes ses parties par une constitution de Justinien, qui est devenue la loi dernière au Code, *De neg. gest.* : *Si quis, nolente et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum sese immiscuerit, apud magnos auctores dubitatur, si pro expensis quæ circà res factæ sunt talis negotiorum gestor habeat aliquam adversùs dominum actionem, quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus Salvius Julianus fuit, hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas administrare prohibuerit, secundùm Juliani sententiam nullam esse vel directam vel utilem contrariam actionem, licèt res benè ab eo gestæ sint.*

Quelque formels que soient ces textes, dans le sens de l'opinion qui refusait toute action au gérant, ils prouvent du moins que cette opinion n'était pas admise uniformément par les grands jurisconsultes, *apud magnos auctores*, et que la loi de Justinien tranchait la question plutôt quelle ne la résolvait.

La divergence qui s'était manifestée à Rome s'est reproduite en France, et on peut dire aussi qu'elle s'est reproduite *apud magnos auctores*, puisque d'une part on rencontre Pothier, le sage précurseur du Code civil, et de l'autre M. Toullier, l'un de ses plus éloquents interprètes. Pothier est d'avis que, dans notre jurisprudence française, où on ne s'attache pas au nom des actions et où l'équité naturelle suffit seule pour produire une obligation civile et une action, l'équité ne permet pas de refuser à celui qui a géré contre la défense du maître une action en répétition de ses impenses. Lorsque vous profitez, dit-il, d'une affaire que j'ai faite, quoique contre votre défense, pour vous faire du bien malgré vous, l'équité naturelle qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, vous oblige à m'indemniser de ce qu'il m'en a coûté, jusqu'à concurrence du profit que vous en retirerez (1). M. Toullier, au contraire, approuve la décision de Justinien, en se fondant sur ce que la règle d'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, cesse d'être applicable lorsque cet enrichissement est le résultat d'une faute commise par celui au

(1) *Du quasi-contrat negot. gest.*, n. 182.

dépens duquel il a lieu, et lorsqu'on peut supposer à celui aux dépens duquel un tiers s'est enrichi l'intention de gratifier ce dernier. Or, selon le savant professeur de Rennes, ces deux circonstances se rencontrent dans une gestion entreprise malgré la défense du maître, d'une part, parce que si c'est en général une faute de s'immiscer dans les affaires d'une personne, c'en est une impardonnable de s'y immiscer, non-seulement contre sa volonté, mais encore contre sa défense formelle, et d'autre part, parce que le gérant n'a pu avoir raisonnablement d'autre intention que celle de gratifier le maître en faisant pour lui une dépense qu'il lui avait défendu de faire (1).

Malgré l'habileté peu commune avec laquelle M. Toullier développe cette thèse, je ne crois pas qu'on puisse hésiter à se prononcer contre elle. Des deux arguments principaux sur lesquels il s'appuie, à savoir la faute commise par le gérant en se chargeant de l'affaire contrairement à la volonté du maître, et la présomption de gratification, ni l'un ni l'autre ne me paraissent solides.

C'est une faute impardonnable, dit M. Toullier, de s'immiscer dans les affaires d'une personne contre sa défense expresse et formelle : sans doute, et rien de plus juste que de conclure de là que le gérant n'aura aucune répétition à exercer pour le dommage que lui aura causé sa gestion accidentellement ou par cas fortuit (2). Cet alors qu'on pourrait lui dire avec raison : De quoi vous plaignez-vous ? Mais lorsque les dépenses faites pour la gestion de l'affaire ont profité au maître et que, pour se dispenser de les rembourser, il argumente de la faute qu'aurait commise le gérant en se chargeant de l'affaire malgré sa défense, c'est à lui qu'on peut demander de quoi il se plaint. La chose qu'il ne voulait pas qui se fît a été bien faite. Non-seulement la gestion ne lui a causé aucun dommage, mais encore elle lui a apporté du profit. Si donc il y a une faute, ce n'est pas lui qui en souffre. J'admets qu'il doive en profiter, mais il ne doit pas en profiter au détriment d'un autre, parce

(1) T. XI, n. 55.
(2) Voy. *sup.*, n. 2623.

qu'une faute qui ne lui préjudicie pas ne peut jamais équitablement être un titre en sa faveur. D'ailleurs, en acceptant le profit, que fait-il autre chose qu'approuver et ratifier la gestion qui le lui procure. Or, il n'est pas douteux que le maître qui, après s'être opposé à une gestion de sa chose, la ratifie, est obligé par cette gestion encore plus que si elle avait eu lieu à son insu et sans qu'il eût été mis à même de l'interdire : *Ex negotio gesto in damnum absentis et posteà per eum ratificato oritur obligatio et actio negotiorum gestorum... Quod etiam procedit in casu quo negotium gestum fuisset contrà præcedentem et expressam voluntatem absentis* (1). Il faut donc de deux choses l'une : ou que le maître renonce au profit que la gestion a procuré, ou, s'il l'accepte, qu'il indemnise le gérant de ses impenses.

Mais, ajoute M. Toullier, celui qui a géré contre la volonté du maître n'a pu avoir, en faisant une dépense pour lui, d'autre intention que celle de le gratifier. Autre erreur. Si, mal éclairé sur vos intérêts, vous vous opposez à une gestion qui doit vous être utile, et que, mieux éclairé que vous, je vous rende le service dont vous ne vouliez pas, il n'y a aucune raison de croire qu'au lieu de vous rendre un service j'ai voulu vous en rendre deux; l'un en vous évitant une perte ou en vous procurant un profit, l'autre en vous gratifiant des dépenses faites pour arriver à ce résultat. Il y a même toute raison de croire le contraire, parce que l'intention de donner ne se présume jamais. Sous ce rapport encore, il est donc aussi conforme à l'équité qu'aux principes d'accorder une action au gérant en remboursement de ses impenses utiles, bien qu'il les ait faites contre la volonté du maître qui en a profité (2).

C'est, d'ailleurs, en ce sens que se prononce Casaregis; mais seulement en ce qui touche la gestion commerciale, parce que, selon lui, c'est seulement entre commerçants que l'équité peut déroger aux textes précis du Droit romain (3). Mais, comme le

(1) Casaregis, *Disc.* 197, n. 16 et 17.

(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 138 et suiv. — Voy. aussi M. Marcadé, sur l'art. 1376.

(3) *Quid dicendum in casu quo negotiorum gestor prohibitus aut denuntia-*

font très-bien remarquer MM. Delamarre et Lepoitvin, aujourd'hui qu'il n'y a sur la question aucun texte de la loi et que le Droit romain n'a plus aucune force obligatoire, la question est toute d'équité, et l'opinion de Casaregis se généralise en s'appliquant dès lors à la gestion civile et à la gestion commerciale, qui, chez nous, sont soumises aux mêmes principes (1).

2631. Toutefois, il faut bien remarquer que lorsqu'il s'agit d'apprécier et de reconnaître l'utilité d'une gestion d'affaires entreprise contrairement à la volonté du maître, on doit se montrer beaucoup plus difficile pour l'admettre que lorsqu'il s'agit d'une gestion entreprise à son insu. Il y a plus : l'utilité et le profit une fois constatés ne donnent action à celui qui a fait les affaires du maître malgré lui, pour la répétition de ce qu'il a déboursé, que jusqu'à concurrence du profit qu'en a retiré le maître (2). Peu importe que l'affaire ait été bien et utilement faite : comme votre gestion a été contre ma défense, elle ne peut jamais me constituer en déficit. Si donc je vous dois les impenses dont j'ai profité, je ne vous dois rien de plus.

2632. Il nous reste à examiner si le *negotiorum gestor*, qui a droit à une indemnité pour ses dépenses, quand sa gestion a été utile, a, de plus, droit à un salaire. MM. Delamarre et Lepoitvin résolvent affirmativement cette question, sur laquelle ils ne paraissent par croire qu'on puisse élever aucun doute. Après avoir dit qu'un salaire est dû au commissionnaire, bien que l'affaire n'ait pas réussi au gré du commettant, ils ajoutent : « Quant au *negotiorum gestor*, sa position est autre : indemnisé de ses dépenses, alors seulement que sa gestion a été

tus fuisset à domino ne negotia sua gereret, et ille invito domino ea gerere voluerit : respondendum certè videtur nullam actionem ei competere posse contrà dominum pro repetendis expensis, licet utilè negotium gesserit. Textus sunt expressi... De æquitate tamen contrarium tenet Gutierezius... Baldus... verùm ego dubitarem de hâc æquitate contrà apertos textus in contrarium loquentes; eam tamen facilè admitterem inter mercatores, inter quos semper procedi debet nullo juris rigore servato, sed de bono et æquo. Casaregis, *Disc.* 30, n. 91 et suiv.

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 139.

(2) Pothier, n. 183.

utile, il ne peut réclamer un salaire qu'à la même condition (1). » D'après ces auteurs, le *negotiorum gestor*, dont la gestion a été utile et qui a droit à une indemnité, aurait, dans le même cas, droit à un salaire. Je ne partage pas cet avis.

Remarquons d'abord que la question ne peut se présenter qu'en matière commerciale. Si en matière commerciale le *negotiorum gestor* pouvait avoir droit à un salaire, ce serait parce qu'on l'assimilerait à un mandataire commercial ou à un commissionnaire auquel un salaire est toujours dû sans qu'il soit nécessaire que les contractants aient rien stipulé à cet égard, attendu que dans le commerce on ne demande jamais un service gratuit, tandis que le mandat civil est toujours gratuit, s'il n'y a convention contraire (2). Mais, sous ce rapport, je ne pense pas qu'on puisse assimiler le quasi-contrat de gestion d'affaires commerciales au contrat de mandat commercial. Si dans le mandat commercial on peut suppléer au silence de la convention sur le salaire du mandataire, c'est qu'on suppose qu'en proposant le mandat, il a été dans l'intention du mandant de salarier le mandataire, de même qu'il a été dans l'intention de celui-ci de n'accepter qu'un mandat salarié. Le salaire est dû, dans ce cas, non parce qu'il est juste que le mandataire soit salarié, mais parce qu'on suppose que le salaire a été tacitement convenu.

Dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, au contraire, on ne peut supposer une pareille convention, puisque les engagements réciproques des parties ne naissent pas, dans cette hypothèse, d'une convention, mais d'un fait, et que l'action du gérant contre le maître, en remboursement de ses impenses, ne repose que sur l'équité qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, il n'y a rien de contraire à l'équité, en matière commerciale ainsi qu'en matière civile, à ce qu'on rende et à ce qu'on accepte un service gratuit. Il y a plus : c'est que si l'on doit supposer au gérant l'intention d'être remboursé de ses impenses utiles, on ne doit pas, quand par bienveillance il fait les affaires d'un

(1) T. II, n. 285 et 286. Voy. aussi M. Alauzet, t. I, n. 383.
(2) C. civ., 1986.

absent, lui supposer une bienveillance intéressée ni l'intention de se procurer un bénéfice personnel. La prétention du gérant à un salaire n'est donc protégée ni par la réalité, ni par la fiction.

A plus forte raison doit-il en être ainsi dans le cas où le gérant a fait l'affaire contre la volonté du maître, lors même que dans ce cas il y aurait lieu de lui rembourser ses impenses.

2633. En voilà assez sur le quasi-contrat de gestion d'affaires, et je passe à la répétition de l'indu : sur ce point je serai très-bref.

Aux termes de l'article 1376 du Code civil celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ; et l'article 1377 reconnaît le droit réciproque de celui qui, par erreur et se croyant débiteur, a acquitté une dette, de la répéter contre le créancier qui l'a indûment reçue.

De ce que cet article 1377 ne parle que de celui qui a payé par erreur ce qu'il ne devait pas et non de celui qui l'a payé sciemment, on en a conclu que ce dernier n'avait aucune action en répétition contre celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû. M. Toullier, qui s'est efforcé de faire prévaloir cette doctrine, en a cherché le fondement dans les anciens principes du Droit romain, qui présumaient l'intention de donner chez celui qui payait sciemment ce qu'il ne devait pas : *Cujus per errorem dati repetitio est, ejusdem consultò dati donatio est* (1); et qui lui refusaient toute action en répétition de l'indu : *Si quis indebitum ignorans solverit, per hanc actionem condicere potest, sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* (2). Mais je ne crois pas que ces textes aient aujourd'hui l'autorité doctrinale que leur attribue M. Toullier.

Il y aurait en effet une contradiction singulière à refuser l'action en répétition à celui qui a payé sciemment ce qu'il ne devait pas, quand on décide d'une manière générale et absolue, que celui qui a reçu par erreur, ou sciemment ce

(1) L. 55, ff. *De reg. jur.*
(2) L. 1, ff. *De condict. indeb.*

qui ne lui était pas dû, est obligé de le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu; de telle sorte que celui qui a reçu serait toujours obligé de restituer ce que celui qui a payé n'aurait pas toujours le droit de répéter. C'est cependant cette contradiction qui serait consacrée par les articles 1376 et 1377, si le dernier de ces articles devait être entendu dans le sens que lui donne M. Toullier, tandis que l'article 1376, relatif à l'obligation de celui qui a reçu sciemment ou par erreur ce qui ne lui était pas dû, dispose qu'il doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu, sans faire aucune distinction entre le cas où celui qui a payé savait qu'il ne devait pas et le cas où il le savait. Il y aurait un débiteur sans créancier. Si donc, en Droit romain, alors qu'aucun texte n'obligeait généralement celui qui avait reçu sciemment ou par erreur à la restitution, on se rend compte de la loi qui refusait l'action en répétition à celui qui avait payé sciemment ce qu'il ne devait pas, il en est autrement en Droit français. Aujourd'hui, la présomption de donation cède devant la présomption contraire, beaucoup plus conforme à la nature des choses et aux penchants du cœur humain, et on se retrouve en présence du principe d'équité qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui, principe aussi vrai dans le payement de l'indu que dans le quasi-contrat de gestion d'affaires (1).

Il en est ainsi, surtout en Droit commercial, parce que l'intention de donner se suppose encore moins dans le commerce que dans la vie civile. On présume alors que celui qui a payé sciemment ce qu'il ne devait pas a eu l'intention de prêter : *Ex mutuo censendum est pecunias pervenisse*, dit à ce sujet la Rote de Gênes; *non enim ex causâ donationis id arbitrari, quia in dubio non præsumitur donatio* (2).

2634. De la combinaison des articles 1375 et 1377, il suit que l'action en répétition de l'indu appartient non-seulement à celui qui, n'étant pas débiteur, a payé à celui qui n'était pas créancier, mais encore au débiteur qui a payé à celui qui

(1) Marcadé, sur l'art. 1377. — Voy. *sup.*, n. 2609.
(2) Rote de Gênes, *decis.* 72, n. 2.

n'était pas créancier, de même qu'à celui qui, n'étant pas débiteur, a payé à celui qui était créancier. Toutefois, dans ce dernier cas, celui qui a payé sans être débiteur cesse d'avoir une action contre le créancier qu'il a payé, lorsque celui-ci, par suite du payement, a supprimé son titre (1) et s'est mis ainsi dans l'impossibilité de recourir contre le véritable débiteur. Il n'a plus alors de recours que contre le débiteur dont il a indûment payé la dette (2).

2635. Celui qui a payé ce qu'il ne devait pas n'a aucune action contre celui qui a reçu, lorsque celui-ci n'a pas reçu pour son propre compte, mais pour le compte d'un tiers dont il est le mandataire : il n'a d'action que contre le mandant, alors, du moins, que le mandataire avait un mandat spécial pour recevoir ou que le mandant a approuvé le fait du mandataire ; car si le mandataire, recevant sans pouvoirs, n'avait pas été approuvé par celui au nom duquel il disait agir, il resterait exposé à l'action de celui qui aurait indûment payé : *Repetitio sive indebiti solutio nunquam datur adversùs ipsum procuratorem exigentem, sed contrà dominum, quotiès ille ratum procuratoris gestum habuerit* (3).

2636. On trouve une application de cette règle dans le cas d'une assurance faite pour compte d'autrui, *pro personâ nominandâ* (4). Dans ce cas, l'action en répétition de l'indu doit être dirigée, non contre celui qui a fait l'assurance pour compte et qui a rempli l'office d'un simple mandataire ou agent du véritable assuré, *qui aliam non gerat personam quam simplici procuratoris aut nudi ministri*, mais contre l'assuré véritable, *quià factâ nominatione, omne jus transfunditur in nominatum, ac si ab initio solus fuiset in contractu* (5).

Mais il en serait autrement, si celui qui a fait l'assurance l'avait faite pour lui et pour le compte d'un tiers, *pro se, aut*

(1) Mais non lorsque par suite du payement le créancier a laissé son action se prescrire contre le véritable débiteur. Cass., 4 août 1859, S., 60, 1, 33.

(2) C. civ., 1377.

(3) Ansaldus, *Disc.* 12, n. 6.

(4) Voy. *sup.*, t. III, n. 1726. — Voy. aussi t. I, n. 690.

(5) Casaregis, *Disc.* 5, n. 64 et suiv. ; Targa, *Ponderat. marit.*, cap. LII, n. 17 ; Cass., 12 mars 1844, S., 44, 1, 292.

pro personâ nominandâ, parce que, dans ce cas, obligé dès le principe, il ne cesserait pas d'être personnellement obligé en faisant connaître celui qu'il appelle à profiter de l'assurance, *quià tunc etiam factâ nominatione remanet penès nominantem robur contractus* (1). L'assuré pour compte qui a reçu resterait soumis à l'action en répétition, laquelle pourrait également être dirigée contre la personne nommée.

Et, à plus forte raison, en serait-il ainsi si l'assuré pour compte avait fait l'assurance pour lui, tout en se réservant d'en transporter l'utilité à un tiers, *et eo magis quandò pro se simpliciter facta est assecuratio ad utilitatem nominandi* (1), parce que, dans ce cas, qui est celui où l'assurance est faite par un commissionnaire qui agit, en cette qualité, en son propre nom, bien que, pour le compte d'un tiers, le commissionnaire est personnellement engagé envers l'assureur.

Il y a donc, en matière d'assurance pour compte, trois hypothèses à distinguer pour reconnaître contre qui doit être dirigée l'action en répétition de l'indu. La première, qui est celle où l'assurance est faite pour compte d'un tiers par un simple mandataire; la seconde, où l'assurance est faite tant au profit d'un assuré pour compte que d'un tiers innomé, la troisième, où l'assurance est faite au nom seul de l'assuré pour compte qui se réserve de nommer un tiers. Dans la première hypothèse, l'action ne peut être dirigée que contre le tiers quand il a été nommé; dans les deux autres, elles peuvent être dirigées tant contre l'assuré pour compte que contre le tiers qu'il a nommé.

2637. Quand le codébiteur d'une dette divisible a payé plus que sa part, il a une action en répétition pour tout ce qu'il a payé en trop; c'est ce que décide la loi 25 ff. *De solutionibus*, dans le cas où un héritier pour partie paye la totalité d'une dette dont il n'est tenu que pour sa part virile dans l'hérédité. De même, le créancier qui a reçu plus que sa part d'une créance divisible est tenu de restituer l'excédant. Mais si la

(1) Casaregis, *ibid.*
(2) *Ibid.*

dette ou la créance étaient solidaires, le débiteur n'aurait rien à répéter et le créancier n'aurait rien à restituer.

2638. On s'est demandé si l'associé, en recevant ce qui n'est pas dû à la société, oblige ses coassociés à la restitution. Il faut distinguer si l'associé a reçu *proprio nomine*, ou au nom de la société. Dans le premier cas il n'oblige pas ses coassociés; il les oblige dans le second (1).

2639. Comme un payement fait toujours présumer une dette c'est à celui qui prétend avoir indûment payé à prouver qu'il ne devait pas : *Repetens indebitè solutum astringitur onere probandi indebitum* (2); à moins cependant que le payement ne soit nié par celui qui l'a reçu, auquel cas il suffirait de prouver le payement, la dénégation du payement étant, en quelque sorte, un aveu que ce qui a été payé n'était pas dû.

2640. S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû, il est tenu de restituer, non-seulement le capital, mais encore les intérêts à partir du payement, ou à partir du jour où il a cessé d'être de bonne foi, quand il n'a découvert l'erreur que depuis le payement (3). Ainsi, le créancier condamné à restituer ce qu'il a perçu usurairement doit les intérêts légaux de ce qu'il restitue à dater du jour où l'indue perception a eu lieu (4).

2641. Si la chose indûment reçue consiste en marchandises, celui qui l'a reçue doit la restituer en nature si elle existe, ou sa valeur si elle est périe ou détériorée par son fait. La perte de cette chose, par cas fortuit ou de force majeure, l'affranchit de toute obligation (5), à moins qu'il ne l'ait reçue de mauvaise foi, auquel cas il est garant de la perte survenue même par cas fortuit ou force majeure (6).

Si celui qui a recu la marchandise de bonne foi l'a vendue,

(1) Ansaldus, *Disc.* 98, n. 14.
(2) Rote de Gênes, *decis.* 3. n. 2.
(3) C. civ., 550 et 1378.
(4) M. Chardon, *De l'usure,* n. 504.
(5) Voy. *sup.*, n. 2338 et suiv.
(6) C. civ., 1379.

il ne doit restituer que le prix de vente (1). S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour où il l'a reçue.

2642. Quant à celui auquel la marchandise est restituée, il doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose (2).

2643. J'ai dit que le Droit commercial fournissait l'exemple d'un quasi-contrat parfaitement caractérisé dans l'obligation imposée au navire et à cargaison de contribuer à l'avarie commune, soufferte pour le salut commun de l'un et de l'autre (3). Cela demande quelques mots d'explication.

En matière de commerce maritime, on entend par avarie tout dommage matériel subi par une chose exposée aux dangers de la navigation, et toute dépense faite pour la conservation de cette chose (4). Il y a deux sortes d'avaries : les avaries *simples* ou *particulières* qui, provenant directement d'une fortune de mer, d'une faute, ou qui, n'ayant pour but que l'utilité particulière du navire ou de la gargaison, constitue une perte qui doit être exclusivement supportée par les objets qui l'ont soufferte et dont, par conséquent, nous n'avons pas à nous occuper ici ; — et les avaries *grosses* ou *communes* qui, souffertes pour le salut commun, constituent une perte qui doit devenir commune à toutes les choses exposées en même temps au même danger. C'est des avaries communes qu'il s'agit ici.

2644. L'article 400 du Code de commerce définit les avaries communes : Les dommages volontairement soufferts et les dépenses faites d'après délibérations motivées pour le bien et salut commun du navire et des marchandises, depuis leur chargement et départ, jusqu'à leur retour et déchargement. Telles sont, d'après le même article, les choses données par composition et à titre de rachat du navire et des marchandises ; celles qui sont jetées à la mer ; les câbles ou mâts rompus ou coupés ; les ancres ou autres effets abandonnés pour le

(1) C. civ., 1380.
(2) *Ibid.*, 1381.
(3) Voy. *sup.*, n. 2612 et 2615.
(4) C. comm., 397.

salut commun; les dommages occasionnés par le jet aux marchandises restées dans le navire ; les pansements et nourriture des matelots blessés en défendant le navire; les loyers et nourriture des matelots pendant la détention, quand le navire est arrêté en voyage par ordre d'une puissance, et pendant les réparations des dommages volontairement soufferts pour le salut commun, si le navire est affrété au mois; les frais du déchargement pour alléger le navire et entrer dans un havre ou dans une rivière, quand le navire est contraint de le faire par tempête ou par la poursuite de l'ennemi; les frais faits pour remettre à flot le navire échoué dans l'intention d'éviter la perte totale ou la prise.

On comprend que le navire et le chargement, profitant de l'avarie commune qui a été soufferte pour le salut de tous les objets exposés aux dangers de la navigation, doivent contribuer à la perte; autrement ils s'enrichiraient aux dépens de celui qui a supporté la perte volontaire, ce qui serait contraire au principe d'équité sur lequel reposent tous les quasi-contrats (1).

2645. Il suit de là que toute avarie commune dans son principe et dans sa cause devient avarie simple quand, en définitive, elle n'a pas eu pour effet de sauver le navire du danger actuel qu'elle avait pour but de lui faire éviter, et que, dans ce cas, n'y a lieu à aucune contribution : où il n'y a pas de service rendu, il ne peut y avoir d'obligation corrélative (2).

2646. Sur la manière dont s'opère la contribution aux avaries communes, on peut voir les dispositions des titres XI et XII, livre II du code de commerce, dans l'examen desquelles je ne pourrais entrer ici sans courir le risque de m'étendre outre mesure sur un sujet qu'on ne peut traiter convenablement d'une manière incidente.

(1) Voy. *sup.*, n. 2609.
(2) C. comm., 423 et 425.

CHAPITRE II

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

SOMMAIRE. — 2647. Définition et caractère des délits et des quasi-délits. — 2648. Un fait licite n'est pas un quasi-délit. Des dommages causés par les établissements insalubres. — 2649. Un fait licite peut devenir illicite et constituer un quasi-délit. Exemples. — 2650. Un fait licite devient un quasi-délit quand il est accompli par des moyens qui ne sont pas licites Circulation sur la voie publique. Navigation. Abordage. — 2651. L'omission peut, comme le fait, constituer un quasi-délit. Imprudence. — 2652. Responsabilité des cas fortuits ou de force majeure. — 2653. Responsabilité du fait d'un tiers. Commis; préposés; apprentis. — 2654. Responsabilité des aubergistes. — 2655. Responsabilité des armateurs et propriétaires de navires. — 2656. Responsabilité relative au dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde.

2647. Comme nous l'avons déjà dit (1), tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (2). Quand le fait dommageable est défendu par la loi pénale, l'obligation naît d'un délit ; quand le fait est simplement illicite au point de vue du droit de la personne à laquelle il porte préjudice, l'obligation naît d'un quasi-délit.

2648. Il n'y a donc que les faits illicites qui puissent devenir le principe de l'obligation de réparer le dommage auquel ils ont donné lieu. *Nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere jus non habet* (3). On n'attente pas aux droits des autres quand on ne fait que ce qu'on a le droit de faire, à la condition, toutefois, de n'user de ce droit que dans les limites qui lui sont assignées.

Remarquons cependant que certaines choses peuvent être licites à un point de vue général et de police et cependant être illicites au point de vue particulier de l'intérêt des tiers. C'est ainsi que l'autorisation administrative qui donne une exis-

(1) Voy. *sup.*, n. 2610.

(2) C. civ., 1382.

(3) L. 151, ff. *De reg. jur.* V. Cass., 31 août 1864, S., 64, 1, 479, et 5 fév. 1872, S., 72, 1, 132.

tence légale aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes ne rend pas licites les dommages causés par ces établissements aux propriétés voisines (1). Et lors même que l'on admettrait, contrairement à la jurisprudence des tribunaux et à l'opinion générale, que les dommages causés aux propriétés voisines par les établissements dangereux ou insalubres, légalement autorisés par l'administration compétente, ne peuvent donner lieu à aucuns dommages-intérêts (2), cela ne devrait s'entendre que des dommages qui sont la conséquence naturelle de l'industrie qui s'exerce dans l'établissement, et non des dommages accidentels et imprévus qui ne peuvent entrer dans les conditions régulières de son existence. Il suit de là qu'en supposant que les voisins ne puissent légitimement se plaindre du tort que leur occasionnent le bruit, l'odeur, la fumée d'un établissement dangereux ou insalubre, ils auraient néanmoins une action en dommages-intérêts, si des étincelles échappées du foyer d'un établissement de ce genre venaient incendier leurs habitations ou leurs récoltes, parce que, si l'autorisation donnée à ces établissements pouvait être considérée comme imposant au voisinage l'obligation d'en supporter les inconvénients inséparables et qui rendaient l'autorisation nécessaire, il en devrait être autrement des dommages qui rentrent dans la classe ordinaire et que l'autorisation n'a pu ni prévoir ni permettre (3).

Quant aux établissements non autorisés, ou qui, n'étant pas classés parmi les établissements dangereux, insalubres ou incommodes, n'ont pas besoin d'une autorisation administrative, il est manifeste que s'ils causent des dommages aux propriétés voisines, ces dommages doivent dans toute hypothèse être réparés, puisque ces établissements ne pourraient se prévaloir du droit exceptionnel qui protégerait l'exercice des industries dont l'autorité compétente aurait légalisé les inconvénients (4).

Il en serait à plus forte raison de même des dommages causés

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 889. Cass., 26 mars 1873. Bull. n. 41.

(2) Voy. *sup. Ibid.*

(3) Metz, 25 août 1863, S., 64, 2, 57.

(4) Cass., 27 nov. 1844, S., 44, 1, 811; et 8 juin 1857, S., 58, 1, 305.

par un établissement dûment autorisé qui ne se conformerait pas aux conditions de l'autorisation qu'il aurait reçue, parce que, dans ce cas, on ne pourrait pas dire qu'il fait ce qu'il a le droit de faire.

2649. Un fait licite en lui-même peut devenir illicite à raison des circonstances dans lesquelles il se produit et servir ainsi de principe à une action en dommages-intérêts. En voici un exemple. Rien de plus licite que de publier par la voie des journaux le prix courant des marchandises, et dans les circonstances ordinaires, rien ne s'oppose à ce que, pour donner de l'autorité à ces indications, on les accompagne des noms des commerçants qui ont opéré sur ces prix. Cependant, si la publication des noms des spéculateurs est faite méchamment et dans l'intention de leur nuire en divulguant l'étendue de leurs opérations, ou bien encore si elle a eu lieu contre le gré et nonobstant la défense de ceux dont les noms sont publiés, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts. C'est ce qui a été décidé par un jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 30 octobre 1842, dont les motifs font connaître les circonstances dans lesquelles il a été rendu : « Attendu que Floury, directeur gérant du journal *le Mercure*, a, dans son numéro du 3 juin dernier, publié, sans autorisation, les noms des acheteurs et vendeurs dans plusieurs marchés de suif; qu'il a ainsi publié que la maison de commerce Regnier et Cie avait acheté, à Riom, la quantité de quinze mille demi-kilogrammes de suif au prix de 64 fr. 50 c. les cinquante kilogrammes ; que, nonobstant la défense expresse que lui en firent Regnier et Cie, par exploit du 5 du même mois, Floury a de nouveau publié, dans son numéro du 10 du même mois, un autre achat de trois mille demi-kilogrammes, au prix de 65 fr. 50 c. les cinquante kilogrammes, faits par Regnier et Cie au même vendeur; — attendu qu'une opération commerciale est une affaire privée; qu'elle est et doit rester la propriété exclusive du négociant qui l'a faite; que s'il importe au commerce et aux consommateurs que le mouvement et le prix des marchandises soient constatés, il ne s'ensuit pas qu'il soit permis à un tiers de livrer à la publicité les noms et les actes des spécula-

teurs; qu'une telle publicité serait contraire à la liberté du commerce; que Floury a par là causé un préjudice à Regnier et C[ie] et qu'il leur en doit réparation (1)... »

En voici un autre exemple. Il est assurément permis de donner confidentiellement et dans l'intérêt de celui qui les demande des renseignement sur la solvabilité d'un commerçant ; mais il n'est pas permis à celui qui donne ces renseignements de les publier dans son intérêt et d'en faire un objet de spéculation et d'agence d'affaires, s'ils sont de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération commerciale de ceux qu'ils concernent. C'est ce qui a été décidé par un jugement de la sixième chambre du tribunal de la Seine rendu sous ma présidence le 5 août 1861 dans une espèce où il s'agissait d'un agent d'affaires qui avait publié et qui vendait à tous ceux qui se présentaient pour l'acheter un carnet lithographié, contenant les noms de tous les commissionnaires de Paris et des départements avec l'indication de l'étendue de leur crédit ou de leur solvabilité.

2650. Du reste, pour l'appréciation des cas dommageables, il faut avoir bien soin de distinguer les faits en eux-mêmes des moyens empoyés pour les réaliser. Tel fait parfaitement licite peut cesser de l'être s'il est accompli par des moyens illicites. La voie publique appartient à tout le monde, mais nul ne peut en user de manière à préjudicier au droit des autres ou à compromettre leur sécurité. La mer elle-même, ce vaste empire neutre, est ouverte à tous les peuples navigateurs; mais le droit que chacun a d'y naviguer n'autorise pas à y naviguer sans précautions et de manière à empêcher l'exercice d'un droit qui appartient à tout le monde. C'est ainsi, qu'en cas d'abordage de deux navires, celui par la faute duquel l'abordage a eu lieu ne serait pas admissible à prétendre, pour s'exonérer de l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé, qu'en naviguant dans les mêmes eaux que le navire endommagé, il ne faisait qu'user d'un droit dont l'exercice ne peut être incriminé (2).

(1) S., 43, 2, 122.
(2) C. comm., 407.

Mais, s'il y a doute sur les causes de l'abordage, le dommage est réparé, à frais communs et par égale portion, par les navires qui l'ont fait et souffert (1).

2651. Chacun est responsable, non-seulement du dommage qu'il cause par son fait, *committendo*, en faisant ce qu'il ne doit pas faire, mais aussi du dommage qu'il cause par sa négligence, *omittendo*, en ne faisant pas tout ce qu'il doit faire (2). Ici on peut dire avec Cujas : *Et non facere, facere est; qui enim non facit, hoc facit ut nolit facere : privatio autem actionis est actio* (3). A cet égard, les obligations des commerçants sont encore plus étroites que celles des autres particuliers : *Mercator, si omittit facere quod fieri solet ab aliis, est in culpâ* (4).

A plus forte raison doit-on être tenu du dommage causé par son imprudence, puisqu'une imprudence suppose un fait positif dont on eût dû s'abstenir (5).

2652. Régulièrement personne ne répond du cas fortuit ou de la force majeure : *Nemo regulariter tenetur de casu fortuito*, dit la Rote de Gênes, dans une espèce où il s'agissait d'une demande en restitution de sommes confiées à un mandataire et qui avaient été capturées, en pleine mer, par don Juan d'Autriche commandant la flotte espagnole (6). On entend par cas fortuit ou de force majeure, celui que la prudence de l'homme ne peut ni prévoir, ni empêcher : *Quod prævidere non potuit humanum consilium* (7). Tels sont la plupart des accidents de la

(1) C. comm., *ibid.* — Il a été jugé par la cour de Cassation le 23 avril 1873, que la disposition de l'article 407 du Code de commerce qui, en cas de doute sur les causes de l'abordage, met la réparation du dommage à la charge des navires qui l'ont fait et souffert, peut être étendue au navire remorqueur quand le dommage a été fait par un navire remorqué. — C'est du reste une question que de savoir si l'article 407 ne s'applique qu'au dommage souffert par les navires eux-mêmes, et s'il peut être étendu au dommage souffert par les marchandises chargées sur les navires. V. Paris, 15 fév. 1861 et Caen, 24 nov. 1862, S., 63, 2, 195.

(2) C. civ., 1383.

(3) Sur la loi 122, ff. *De reg. jur.*

(4) Casaregis, *Disc.* 190, n. 4; *Disc.* 225, n. 20. — Voy. *sup.*, t. III, n. 1617.

(5) C. civ., 1383.

(6) Désis. 36, n. 1.

(7) Ansaldus, *Disc.* 60, n. 52; *Disc.* 71, n. 36 et 39; Casaregis, *Disc.* 23, n. 38.

navigation ; tel est aussi le fait du prince ou de la loi (1). C'est pourquoi, si un abordage a été purement fortuit ou occasionné par force majeure, le dommage est supporté sans répétition par celui des navires qui l'a éprouvé (2).

Mais il en est autrement, et le cas fortuit ou la force majeure n'est pas un obstacle à la responsabilité, quand celui sur qui on veut les faire peser a commis une faute qui a déterminé le cas fortuit ou qui en a étendu les effets à la chose ou à la personne qui a souffert le dommage : *Culpa præcedens obligat culposum quandò est præordinata ab casum* (3) ; et on doit présumer, dans ce cas, que la faute qui a immédiatement précédé le cas fortuit en a été la cause ou l'occasion : *Casus seu damnum præsumitur evenisse ex facto seu culpâ immediatè præcedenti* (4). Il suit de là que celui qui est en faute doit, pour éviter la responsabilité du cas fortuit ou de force majeure, prouver, soit que ce qu'on lui reproche d'avoir fait n'a pas été la cause déterminante du dommage (5), soit qu'il n'aurait pu empêcher le dommage en faisant ce qu'on lui reproche de n'avoir pas fait (6). Cette obligation est particulièrement imposée au capitaine d'un navire, dont la faute a précédé le sinistre qui a endommagé le navire ou le chargement (7).

2653. Jusqu'ici nous nous sommes occupés de la responsabilité personnelle à celui qui a commis la faute ou le fait dommageable. Mais cette responsabilité n'est pas la seule. On n'est pas seulement responsable du dommage que l'on cause par son propre fait : on l'est aussi du dommage causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a

(1) *Principis factum est inter casus fortuitos*. Scaccia, *De comm. et camb.*, § 1, quæst. 1, n. 136.

(2) C comm., 407.

(3) Casaregis, *Disc.* 23, n. 45.

(4) Casaregis, *Disc.* 23, n. 45.

(5) *Casus quem culpa præcessit, si nihilhominùs contigisset, culpa transgressoris non attenditur*. Casaregis, *Disc.* 1, n, 83 et suiv.; *Disc.* 67, n. 10.

(6) *Culpa imputari non debet illi qui non facit id quod factum non profuisset*. Ansaldus, *Disc.* 63, n. 13.

(7) *Culpæ casum exclusivum probare tenetur magister navis ad excusandum se à culpâ*. Casaregis, *Disc.* 23, n. 8.

sous sa garde (1). *Factum ejus præstare debet qui ex illius facto agit* (2).

Il suit de là que les commerçants sont responsables du dommage causé par leurs commis ou préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés (3), ce qui s'applique particulièrement aux entrepreneurs de voitures publiques relativement aux faits de leurs agents. Il en est de même des artisans qui sont responsables du dommage causé par leurs apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance (4). Toutefois, cette responsabilité n'a pas lieu lorsque les artisans prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne lieu (5).

2654. De même encore, les aubergistes sont responsables du vol ou du dommage des effets des voyageurs, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie (6) ; ce qui s'applique non-seulement aux effets proprement dits apportés par les voyageurs, mais aussi aux marchandises ou animaux qu'ils amènent avec eux (7) ; ainsi qu'aux effets précieux, tels que l'argent et les bijoux même non déclarés à l'aubergiste, quand ils n'excèdent ni la position ni les besoins du voyageur (8) ; mais l'aubergiste cesserait d'être responsable s'il y avait une faute imputable au voyageur, par exemple, s'il y avait dans sa chambre, à sa disposition, une armoire fermant à clef et dont il a négligé de faire usage (9). Du reste, les aubergistes ne sont pas responsables des vols faits à main ar-

(1) C. civ., 1384.

(2) Casaregis, *Disc.* 23, n. 23, 24 et 97.

(3) C. civ., 1384. — *Dominus tenetur pro delicto famuli.* Casaregis, *Disc.* 113, n. 1.

(4) C. civ., *ibid.*

(5) *Ibid.*

(6) C. civ., 1953.

(7) Rennes, 26 déc. 1833, S., 34, 2, 286.

(8) Paris, 7 mai 1838, D., 38, 2, 157 ; 26 déc. 1838, D., 39, 2, 32 ; 29 août 1844, D., 46, 2, 84 ; Rouen, 4 fév. 1849, S., 48, 2, 452 ; M. Troplong, *Du dépôt*, n. 219 et suiv. ; M. Duvergier, *ibid.*, n. 519.

(9) Paris, 2 avril 1811, S., 3, 2, 467 ; D., 5, 71 ; Rouen, 4 fév. 1847, S., 48, 2, 452.

mée ou autre force majeure (1), commis par des personnes du dehors. Le vol avec effraction ne peut être généralement assimilé au vol à main armée, ni constituer un cas de force majeure (2).

2655. On trouve une application très-remarquable du principe de responsabilité du dommage causé par ceux qu'on emploie, dans la responsabilité du propriétaire ou armateur d'un navire, quant aux faits du capitaine qu'il a préposé à la conduite de ce navire. Mais cette responsabilité ne s'applique qu'à ce qui est relatif au navire et à l'expédition ; elle ne s'applique pas aux fautes ou aux délits que le capitaine aurait commis hors du navire et qui ne se rapporteraient pas à ses fonctions (3) : *Actione exercitoriâ non tenetur dominus navis, nisi ratione eorum quæ vehuntur et in navi recipiuntur, non verò pro delictis extrà navem commissis* (4). Une particularité de la responsabilité de l'armateur, c'est qu'elle cesse par l'abandon du navire et du fret (5). Toutefois, la faculté de faire cet abandon n'est point accordée à celui qui est en même temps capitaine et propriétaire ou copropriétaire du navire. Mais lorsque le capitaine n'est que copropriétaire, il n'est responsable que dans la proportion de son intérêt (6).

L'armateur qui a ratifié l'engagement pris par le capitaine ne peut s'affranchir par l'abandon du navire et du fret de l'obligation d'exécuter cet engagement (7).

Dans les armements en course, les armateurs sont civilement et solidairement responsables, envers leurs capitaines, des infractions que ceux-ci commettent contre les ordres du Gouvernement, soit sur la navigation des bâtiments neutres, soit sur les pêcheurs ennemis (8), et généralement des délits et déprédations commis en mer par les gens de guerre qui

(1) C. civ., 1954.
(2) M. Troplong, *Du dépôt*, n. 235.
(3) C. comm., 216.
(4) Casaregis, *Disc.* 115, n. 13.
(5) C.comm., 216.
(6) L. 14 juin 1841.
(7) Cass., 7 nov. 1854, S., 54, 1, 797.
(8) Arrêté du 2 prair., an XI, art. 32.

sont sur leurs navires et par les équipages. Mais cette responsabilité n'a lieu que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle ils ont donné caution, à moins qu'ils n'en soient participants ou complices (1). L'armateur est réputé complice, à l'égard de ceux qui forment contre l'équipage une demande en dommages-intérêts, lorsqu'il a pris sa part dans le profit qu'il savait provenir des déprédations (2).

2656. Enfin les articles 1385 et 1386 du Code civil posent deux règles qui ne peuvent guère recevoir d'application en matière commerciale, mais qu'il n'est cependant pas inutile de rappeler. D'après l'article 1385, le propriétaire d'un animal ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé ; et d'après l'art. 1386, le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de la construction.

TITRE III

DES DIFFÉRENTES SORTES DE CONTRATS.

SOMMAIRE. — 2657. Des contrats envisagés sous le rapport de leur objet. Sujet du titre III. — 2658. Contrat de mariage. — 2659. Contrat de vente. — 2660. Échange. — 2661. Cession. — 2662. Contrat de change. Change local. Lettre de change. — 2663. Endossement. — 2664. Louage ;... des choses; louage maritime. — 2665. Louage d'ouvrage ;... des gens de travail;... de transport ;... entreprises d'ouvrages. — 2666. Contrat de société ;... civile, commerciale, en nom collectif, en commandite, anonyme.— 2667. Prêt ;... à usage... de consommation ou simple prêt. — 2668. Du prêt en matière commerciale. — 2669. Du prêt à intérêt. — 2670. Prêt à la grosse. — 2671. Du dépôt... volontaire... régulier... irrégulier. — 2672. Dépôt nécessaire. — 2673. Séquestre. — 2674. Du mandat ; de la commission. — 2675. Des contrats aléatoires... Contrat d'assurance... Prêt à la grosse.

2657. Les obligations conventionnelles, dont les règles géné-

(1) C. comm., 217.
(2) Dageville, t. II, p. 143.

rales ont été exposées dans le titre I[er] du présent livre, naissent des contrats.

Ces contrats sont de différentes sortes, selon qu'on les envisage sous le rapport de leur nature, de leurs effets, ou de leur objet.

Envisagés sous le rapport de leur nature, nous avons vu que les contrats sont *synallagmatiques* ou *unilatéraux*, *synallagmatiques simples* ou *commutatifs*, *à titre gratuit* ou *à titre onéreux*, mais que dans le commerce les contrats sont ordinairement commutatifs et à titre onéreux, et par conséquent synallagmatiques (1).

Envisagés sous le rapport de leurs effets, les contrats produisent des obligations conditionnelles, à terme, alternatives, avec clauses pénales, divisibles ou indivisibles, solidaires, dont nous avons amplement exposé les règles particulières (2).

Envisagés sous le rapport de leur objet, les contrats constituent une *vente*, un *louage*, un *prêt*, un *mandat*, etc. Pour compléter la matière des obligations conventionnelles, il faudrait donc entrer maintenant dans l'exposition des règles particulières à ces différentes sortes de contrats et traiter ici, *in extenso*, de la *vente*, du *louage*, du *prêt*, etc. Mais chacun de ces contrats, pour être convenablement développé, demanderait un traité spécial, qui ne pourrait entrer ici sans étendre démesurément les limites que je me suis assignées.

Je me bornerai donc à donner une idée sommaire, tant des différentes sortes de contrats dont s'occupe le Code civil, que de ceux dont le Code de commerce traite d'une manière plus particulière et qui sont spéciaux au commerce.

2658. Je ne dirai rien du *contrat de mariage*, qui est l'ensemble des conventions faites en vue de régler, quant aux biens les conditions d'un futur mariage. J'en ai déjà parlé en traitant des droits des personnes et spécialement des droits respectifs des époux, de manière à n'avoir plus besoin d'y

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1438.
(2) Voy. *sup.*, t. III et IV, le chap. IV du tit. I.

revenir (1). J'arrive donc de suite aux autres contrats dont le caractère est d'ailleurs beaucoup plus directement commercial.

Le Code civil traite successivement de la *vente*, de l'*échange*, du *louage*, de la *société*, du *prêt*, du *dépôt*, des *contrats aléatoires* et du *mandat*. Je laisse de côté les *transactions*, le *cautionnement* et le *nantissement*, qui ont pour objet, moins l'acquisition d'un droit ou la formation d'une obligation, que la garantie d'un droit ou d'une obligation préexistants, et dont je m'occuperai en traitant des garanties conventionnelles ou légales des obligations (2).

2659. De tous les contrats, le contrat de *vente* est le plus essentiellement commutatif, puisque c'est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer à l'autre la propriété d'une chose ou d'un droit, moyennant un prix que celle-ci s'engage à lui payer (3). Il se forme donc par le consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix (4), après un débat dans lequel le vendeur a fait souvent tout ce qu'il a pu pour exagérer la valeur de sa marchandise, afin d'en obtenir un prix plus élevé, et l'acheteur tout ce qu'il a pu pour la déprécier, afin de la payer moins cher. C'est ce qui fait dire très-pittoresquement à Heineccius, d'après un ancien moraliste : *Sicuti clavus inter duos lapides, ità peccatum inter emptionem venditionemque fixum esse* (5). Néanmoins le prix, qui est le rapport entre la valeur échangeable des choses exprimé en monnaies (6), n'est pas complétement arbitraire, puisque cette valeur elle-même n'est pas arbitraire, et que, d'un autre côté, le rapport entre l'offre et la demande détermine le prix courant des choses, qui n'est autre que la quantité

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1264 et suiv.
(2) Voy. *inf.*, liv. VI.
(3) C. civ., 1582.
(4) C. civ., 1583.
(5) Heineccius, *De jure principis circà commerciorum libertatem*, § 11. — Voy. *sup.*, t. III, n. 1515.
(6) J. B. Say, *Cours d'écon. polit.*, t. I, p. 339. (Édit. Guillaumin); Blanqui, *Écon. polit.*, t. II, p. 137.

de monnaie pour laquelle on trouve couramment à acheter ou à vendre un produit (1).

2660. Quand le prix d'une chose ne consiste pas en monnaie, mais consiste en une autre chose, il n'y a plus vente, mais échange ou troc. L'échange a nécessairement précédé la vente; mais quand on a pu échanger les choses contre la monnaie, l'échange est devenu la vente. « Il y a, dit un très-ancien auteur, Robert Ségard, dans sa *Pratique des changes*, livre plein d'aperçus ingénieux (2), plusieurs sortes de permutations : la première permutation est celle-là par laquelle on change les choses l'une pour l'autre. Or, les hommes n'ont pas toujours nécessité l'un de la chose de l'autre, ou non en si grande abondance; car Pierre n'a pas toujours affaire du cheval de Jean, ni Jean des dix moutons de Pierre. C'est pourquoi les hommes, ne se pouvant servir à leur aise de cette permutation, ont inventé un prix commun pour toutes choses, et ce prix a été la monnaie, laquelle est appelée la mesure des choses à vendre. Et ainsi a été faite la deuxième espèce de permutation, par laquelle avec l'or et l'argent on achète toutes choses nécessaires à la vie humaine. » Il résulte de cette excellente analyse, plus d'une fois reproduite depuis, que dans la vente la monnaie est une marchandise intermédiaire qui facilite l'échange, parce qu'avec de la monnaie on a tout ce qu'on veut (3).

2661. Quand la vente, au lieu d'avoir pour objet une chose, a pour objet un droit ou une créance, elle prend le nom de transport ou cession (4).

2662. C'est à la vente ou cession d'une somme d'argent, que peut se rattacher un contrat des plus usités dans le commerce, le contrat de change : « Cette permutation, dit Robert Ségard (5) en parlant de la vente, au moyen de laquelle avec l'or et l'argent on achète les choses nécessaires à la vie, cette per-

(1) J. B. Say, *ibid.*, p. 355.

(2) *Pratique des changes, contenant la façon de prêter et échanger licitement*, par Roberd Ségard, prêtre théologien bapalmois, p. 16.

(3) J.-B. Say, *Traité d'écon. pol.*, t. I, p. 144 et 311. (Édit. Guillaumin).

(4) C. civ., 1689 et suiv.

(5) *Pratique des changes*, loc. cit.

mutation n'étant pas encore assez utile aux hommes à cause que celui qui avait de l'or avait nécessité d'argent, et au contraire, celui qui avait de l'argent avait quelquefois affaire de l'or en lieux et temps divers, c'est pourquoi les hommes ont inventé la *changerie*, qui est la troisième espèce de permutation.»

Il y a donc deux espèces de change : le change des monnaies, ou manuel, *cambium minutum seu manuale* (1), par lequel on échange sur place, soit des monnaies du pays contre des monnaies étrangères, ou réciproquement; soit des monnaies d'un métal, d'une valeur ou d'un certain titre, contre des monnaies d'un autre métal, d'une autre valeur ou d'un autre titre, *de pecuniâ præsenti cum pecuniâ præsenti*, *quod ideò fieri solet in uno eodemque loco* (2); que pour cette raison on appelle aussi change local, et qui est manifestement une vente ou un échange d'une espèce de monnaies contre une autre espèce de monnaies; — et le change de valeur, qui se fait par lettres de change, par lequel on échange dans un lieu une somme d'argent ou toute autre valeur, contre une autre somme d'argent payables dans un autre lieu : *Quod fit de pecuniâ præsenti cum pecuniâ absenti; ideòque cum fiat de loco ad locum fit per litteras, et hinc vocatur cambium per litteras* (3). Cette seconde espèce de change, qui constitue le contrat de change proprement dit, équivaut donc à la vente ou cession à terme, d'une somme d'argent payable dans un certain temps et dans un certain lieu, dont le prix est quelquefois payé comptant, ce qui lui a fait attribuer une certaine similitude avec le contrat de prêt : *Mutui taciti, prout idem contractus mutui taciti intervenit in contractu emptionis et venditionis ad terminum* (4). On peut donc définir le contrat de change, avec Raphaël de Turri, l'un des plus illustres cambistes de l'Italie : *conventio ultrò citròque obligatoria dandi, reddendique tantumdem in genere diverso pecuniarum, quæ consensu, re et pretio non sine temporis dilatione, locorumque distantiâ perficitur* (5).

(1) Scaccia, *De camb.*, § 1, quæst. 5, n. 2 et suiv.
(2) *Ibid.*
(3) *Ibid.*
(4) *Ibid.*, n. 1.
(5) *De camb.*, disp. 1, quæst. 11, n. 1. V. *sup.* n. 2212.

2663. L'endossement, par lequel on transporte la propriété d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, et généralement de toutes les obligations transmissibles par voie d'ordre, est une véritable cession ou vente de créance, soumise dans sa forme et ses effets à des règles particulières (1). L'endossement peut même équivaloir à une vente de marchandises, quand il s'applique soit à un connaissement, soit à une lettre de voiture (2), soit au *warrant* ou récépissé qui est délivré à ceux qui déposent des marchandises dans certains magasins généraux agréés par l'État (3).

2664. Quand le contrat a pour objet, non la propriété d'une chose, mais la jouissance temporaire des services que peut rendre une chose ou une personne, il devient un *louage*. Le louage est un contrat par lequel une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre s'oblige à payer, soit à procurer à celle-ci, pendant un certain temps, l'usage ou la jouissance d'une chose, soit à lui fournir ses services ou à faire pour son compte un ouvrage déterminé (4).

Il y a donc deux sortes de louage : le louage des choses et le louage d'ouvrage.

Le louage des choses peut avoir pour objet toute espèce de choses, mobilières ou immobilières. Mais le louage des choses mobilières peut seul revêtir un caractère commercial, les immeubles n'étant jamais l'objet d'un commerce proprement dit (5). Dans le commerce maritime, le contrat de louage de tout ou partie d'un vaisseau ou autre bâtiment de mer prend le nom de *charte-partie*, *affrétement* ou *nolissement* (6), et le prix de ce loyer, le nom de *fret* ou *nolis* (7).

(1) C. comm., art. 136 et suiv.
(2) C. comm., art. 281.
(3) Voy. la loi du 20 mai 1858, le décret du 12 mars 1859, une circulaire du directeur des douanes, du 31 mars 1859, et une autre circulaire du ministre de l'agriculture et du commerce, du 12 avril de la même année. Voy. aussi le *Distionn. universel du commerce de la navigation*, v° *Warrant*.
(4) C. civ., 1709 et 1710.
(5) Voy. *sup.*, t. II, 1382.
(6) C. comm., 375 et suiv.
(7) *Ibid.*, 286 et suiv.

2665. On distingue trois sortes de louage d'ouvrage : celui des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises; celui des entrepreneurs d'ouvrages, par suite de devis ou de marchés (1).

Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un comprend les services purement manuels, comme les services de l'intelligence. On doit donc y rattacher le louage des ouvriers, des matelots (2), des commis, des apprentis, en un mot, tous les louages des services qui, ne plaçant pas celui qui les rend, vis-à-vis des tiers, en qualité de représentant de celui à qui ils sont rendus, pour obliger soit celui-ci, soit les tiers, ne constituent pas celui qui loue ses services mandataire de celui à qui ils sont loués.

Le louage des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes et des marchandises, comprend les services rendus tant par ceux qui se chargent accidentellement d'un transport, que par ceux qui en font leur profession habituelle, tels que les voituriers proprement dits, les bateliers, les entrepreneurs de voitures publiques et les commissionnaires de transports par terre et par eau. Les uns et les autres peuvent cumuler le mandat avec le louage d'ouvrage, dans tous les cas où ils ont pour mission de faire une chose qui engage envers les tiers celui à qui ils ont loué leurs services, ou qui engage les tiers envers lui. Dans les transports de marchandises par terre, le contrat se constate par une lettre de voiture (3); dans les transports par mer, le contrat se constate par un connaissement (4).

Le louage des entrepreneurs d'ouvrages, par suite de devis ou de marchés, comprend les travaux des artisans qui se chargent d'un travail déterminé et celui des entrepreneurs d'ouvrages qui font exécuter l'ouvrage entrepris, par des ouvriers

(1) C. civ., 1779.
(2) C. comm., 250 et suiv.
(3) C. comm., 104 et suiv.
(4) *Ibid.*, 281 et suiv.

ou par des artisans sous leurs ordres. Quand l'artisan ne fait que fournir son travail ou son industrie, il y a simplement louage d'ouvrage; mais quand, en fournissant son industrie, il fournit en même temps la matière, il y a à la fois vente et louage; et le contrat qui pourrait quelquefois ne pas être commercial, considéré comme louage, le devient, considéré comme vente (1).

2666. La *Société* est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice ou la perte qui pourront résulter de la gestion ou de l'administration de cette chose (2).

Le contrat de société, qui offre aujourd'hui tant de ressources au commerce et à l'industrie, s'est sans doute introduit fort tard dans les usages des hommes; et la grande société humaine était formée depuis longtemps, quand les sociétés particulières qui la vivifient ont pris naissance. A peine sortis de la barbarie des temps primitifs, les hommes pratiquaient l'échange et la vente pour se procurer les choses nécessaires à leur besoin; ils s'associaient sans doute aussi momentanément dans le but de se prêter un secours passager et réciproque; mais le contrat de société, établissant entre les contractants des rapports d'intérêts suivis ou permanents, est une pratique des civilisations avancées, et qui se multiplie à mesure que la civilisation avance (3). Du reste, la pratique des sociétés, une fois établie dans les civilisations anciennes, ne s'est pas perdue dans les temps intermédiaires qui ont précédé les civilisations modernes; le moyen âge en fournit plus d'un exemple, et la ligue hanséatique, dont le souvenir survit à sa puissance, n'était autre chose qu'une vaste association commerciale où les personnes étaient des villes.

Un des effets caractéristiques du contrat de société, c'est de former une personne morale indépendante de la personne des associés et qui en même temps se personnifie en chacun des associés. Toutefois, la formation de cette personne morale ne

(1) Voy. *sup.*, t. I, n. 19.
(2) C. civ., 1832.
(3) Voy. Vico, *Science nouvelle*, t. II, p. 117. (Trad. de M. Michelet.)

reçoit toutes ses conséquences que dans les sociétés commerciales, où l'on admet le principe de la solidarité des associés relativement aux obligations sociales, tandis que dans les sociétés civiles, les dettes se divisent entre les associés, à moins de conventions contraires (1). Il faut même, à cet égard, distinguer entre les différentes sortes de société commerciale. La *société en nom collectif* est la seule qui admette la solidarité indéfinie des associés (2); la *société en commandite* n'admet la solidarité que pour les associés gérants ou en nom collectif; et la *société anonyme*, qui est une association de capitaux plutôt qu'une association de personnes, ne l'admet pour aucun des associés (3).

2667. En Droit civil, on distingue deux sortes de *prêt:* le *prêt à usage* ou *commodat,* qui s'applique aux choses qui ne se consomment pas par l'usage et qui doivent être rendues telles qu'elles ont été prêtées ; et le *prêt de consommation* ou simple *prêt*, qui s'applique aux choses qui se consomment par l'usage, à des denrées, à des marchandises, et principalement à l'argent (4).

Le prêt à usage est essentiellement gratuit, puisqu'on ne pourrait stipuler un prix pour l'usage d'une chose qui doit être restituée identiquement et en nature, sans faire dégénérer le prêt en louage (5). Aussi, le prêt à usage n'est-il pas usité dans le commerce. Le prêt de consommation, ou le simple prêt, est, au contraire, le plus ordinairement intéressé (6). Il diffère alors du louage, en ce qu'il transfère au prêteur la propriété de la chose prêtée, qui, dès lors, en supporte seul la perte et la détérioration (7); tandis que la propriété de la chose louée ne cesse pas d'appartenir au locateur.

2668. En Droit civil, le prêt de consommation, ou simple prêt, est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1940.
(2) Voy. *ibid.*, n. 1945.
(3) Voy. *ibid.*, n. 1965 et 1978.
(4) C. civ., 1874.
(5) C. civ., 1876.
(6) *Ibid.*, 1905.
(7) *Ibid.*, 893.

une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de la même qualité (1).

Mais, en matière commerciale, le prêt a une signification plus étendue; il s'entend de tout fait ou engagement qui est de nature, quelle qu'en soit la cause, à créer une dette payable en monnaie ou autre chose fongible. Il suit de là, qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait prêt entre commerçants, qu'il soit intervenu un contrat par lequel l'un d'eux déclare explicitement prêter quelque chose à l'autre; il suffit qu'il y ait eu entre eux une opération commerciale liquidée, qui ait constitué l'un débiteur de l'autre. Ainsi, il y a un prêt au fond de toute vente à crédit. Une maison à qui l'on adresse des marchandises, et qui permet au consignateur de faire traite sur elle pour la valeur ou portion de la valeur, avant que la marchandise soit vendue, fait à ce consignateur un prêt dont les marchandises sont le gage. Les remises faites en compte courant ne sont pas autre chose qu'une sorte de prêt (2) : entre deux maisons de commerce qui sont en compte courant, celle qui, en fin de compte, doit un solde, a emprunté à l'autre, puisqu'elle a eu à sa disposition des valeurs plus fortes que celles dont elle a laissé la disposition à son correspondant. Lorsqu'on escompte un effet de commerce, c'est-à dire lorsqu'on achète au comptant un effet non échu, on prête en réalité le montant de cet effet, depuis le jour de l'escompte jusqu'à celui de l'échéance (3). On a même voulu voir un prêt dans l'association en commandite, et ranger les commanditaires dans la classe des prêteurs (4) ; mais, c'est à tort, parce qu'un associé, même commanditaire, qui fait cause commune avec la société et les associés en nom collectif, ne peut être considéré comme faisant un prêt par l'acte même qui crée l'association, et confond ses intérêts avec ceux de la société (5).

2669. On donne le nom d'intérêt au prix du prêt de con-

(1) C. civ., 1892.
(2) Voy. *sup.*, n. 2274.
(3) J.-B. Say, *Cours d'écon. polit.*, t. II, p. 77. (Édit. Guillaumin.)
(4) *Ibid.*
(5) Voy., *ibid.*, p. 78, une note de M. Horace Say.

sommation, et spécialement au prix du prêt d'une somme d'argent ou d'une valeur exprimée en numéraire. Peu de matières ont été le prétexte de plus d'aberrations que le prêt à intérêt, si longtemps combattu par les scolastiques successeurs d'Aristote, et par les théologiens armés d'un texte saint inintelligemment interprété (1) ; et aujourd'hui encore mis en suspicion par la législation qui, en limitant le taux de l'intérêt conventionnel, a continué les erreurs des légistes anciens et nouveaux, dans lesquelles elle persiste malgré les réclamations de l'économie politique. L'usure, qui n'est autre chose qu'une stipulation d'intérêts excessifs, est le produit direct de ces erreurs législatives et sociales. A Rome, c'est l'instabilité des lois sur les prêts qui, menaçant sans cesse les prêteurs, les forçait de ne prêter qu'à gros profits (2) ; et dans les temps modernes, quand les lois ont défendu le prêt à intérêt, ou quand, en limitant le taux de l'intérêt conventionnel au-dessous de la valeur de l'argent, elles ont transformé en délit une stipulation d'intérêts plus équitable, elles ont éloigné les gens honnêtes d'un certain commerce d'argent, et contraint les prêteurs, qui ne pouvaient agir au grand jour, de chercher dans des stipulations d'intérêts exagérés, la compensation des risques auquels ils s'exposent en prêtant à un taux supérieur à celui de la loi.

2670. Il y a, du reste, une sorte de prêt particulier au commerce, dans lequel la fixation de l'intérêt est abandonnée à la volonté des parties. C'est le prêt à la grosse, sorte de contrat aléatoire (3), dans lequel la somme prêtée reste aux risques du prêteur, tandis que, dans le prêt ordinaire, la somme prêtée est aux risques de l'emprunteur, ainsi que nous l'avons vu tout à l'heure (4).

2671. Le *dépôt*, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature (5). Le dépôt commercial est une sorte de louage

(1) *Mutuum date nihil indè sperantes*. Voy. *sup.*, t. III, n. 1681.
(2) Tacite, *Annales*, liv. VI, n. 16.
(3) Voy. *inf.*, n. 2675.
(4) Voy. *sup.*, n. 2667.
(5) C. civ., 1915.

de soins : il est de sa nature d'être intéressé ou d'être toujours présumé tel, à la différence du dépôt ordinaire ou civil qui est toujours présumé gratuit. Si le dépôt était gratuit, il ne serait pas un engagement commercial (1).

Il y a deux sortes de dépôt : le dépôt *volontaire*, et le dépôt *nécessaire*.

Le dépôt volontaire est une convention expresse ou tacite, par laquelle une personne charge une autre personne de son choix, de conserver une chose, moyennant rétribution, et de la rendre en nature, soit au déposant, soit à quiconque en exerce les droits (2). Ce dépôt a le plus ordinairement lieu, lorsque des marchandises, expédiées d'un lieu dans un autre, ne peuvent arriver à leur destination définitive qu'après avoir séjourné dans plusieurs lieux intermédiaires. Les marchandises sont alors déposées dans les lieux où elles s'arrêtent, soit pour subir des vérifications d'octroi ou de douanes, soit pour attendre d'autres marchandises, soit pour toute autre cause. Le dépôt qui s'effectue, dans ce cas, prend le nom de consignation ou d'entrepôt, et le dépositaire le nom de consignataire. Le consignataire cumule souvent ses fonctions avec celle de commissionnaire (3).

Le dépôt volontaire est *régulier* ou *irrégulier*. Il est régulier, quand la chose déposée doit être restituée identiquement et en nature. Il est irrégulier, quand le dépositaire n'est pas tenu de rendre identiquement la chose déposée, mais seulement des objets de même espèce, nature, qualité et quantité. Il suit de là que, dans le dépôt irrégulier, le dépositaire peut se servir de la chose déposée. Un dépôt d'espèces monnayées est un dépôt irrégulier, à moins qu'elles ne soient marquées de manière qu'on puisse en reconnaître l'identité.

2672. Le dépôt nécessaire est celui qui est fait dans de telles circonstances, que le déposant n'a pas le choix du dépositaire, ou que, lors même qu'il peut choisir entre plusieurs dépositaires, le besoin d'en prendre un est si impérieux qu'on

(1) C. civ., 1917.
(2) *Ibid.*, 1921.
(3) Voy. *inf.*, n. 2674.

peut l'assimiler à une sorte de nécessité. Tel est le dépôt qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou tout autre événement imprévu (1); tel est encore le dépôt des effets d'un voyageur dans l'auberge ou hôtellerie dans laquelle il est logé (2); celui qui est fait aux voituriers des objets qu'ils transportent (3); telle est la remise aux agents de change des inscriptions de rente ou des titres d'obligations dont seuls ils peuvent opérer le transfert.

2673. Il y a une autre sorte de dépôt qui a reçu le nom de *séquestre*. Le séquestre est la remise, entre les mains d'un tiers, d'une chose litigieuse, soit mobilière, soit immobilière, dans le but de conserver les droits des parties intéressées au litige. Il peut être établi par convention ou par jugement. Au premier cas, il est conventionnel; au second cas, il est judiciaire (4).

2674. Le *mandat* ou *procuration*, est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom, de manière à obliger les tiers envers le mandant, et le mandant envers les tiers, comme si le mandant lui-même avait agi ou contracté (5). Le pouvoir d'obliger le mandant activement et passivement est, comme nous l'avons déjà vu (6), ce qui distingue le mandat du louage de services. Ainsi le commis, ainsi le voiturier, sont, en certains cas, les mandataires de celui qui les emploie; il en est de même du capitaine qui représente à la fois les armateurs, en ce qui touche le navire, et les chargeurs, en ce qui touche le chargement (7). Les agents de change et les courtiers sont de véritables mandataires.

Il y a dans le commerce une espèce particulière de mandataires qui se distinguent des autres, en ce qu'au lieu d'a-

(1) C. civ., 1949.
(2) *Ibid.*, 1952.
(3) *Ibid.*, 1782.
(4) *Ibid.*, 1955.
(5) *Ibid.*, 1984.
(6) Voy. *sup.*, n. 2665.
(7) C. comm., 221 et suiv.

gir au nom du mandant, ils peuvent agir pour son compte en leur propre nom, ou sous un nom social (1) : ce sont les *commissionnaires*.

La commission diffère encore du mandat, en ce que ce dernier contrat est gratuit, à moins de convention contraire, expresse ou tacite, tandis que la commission suppose toujours une convention tacite par laquelle celui qui emploie le commissionnaire lui promet une rétribution qu'on nomme *droit de commission*.

Il y a encore cette différence, entre le mandat proprement dit et la commission, que le mandat peut être général, c'est-à-dire embrasser toutes les affaires du mandant, ou spécial, c'est-à-dire n'être donné que pour certaines affaires nominativement indiquées, tandis que la commission est toujours spéciale, en ce sens qu'elle ne comporte d'autre pouvoir que celui de faire pour le commettant une ou plusieurs opérations de commerce individuellement déterminées (2).

2675. Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain (3). Le *jeu*, le *pari*, la *constitution de rente viagère*, sont des contrats aléatoires. — Il en est de même du *contrat d'assurance* et du *prêt à la grosse*. Le commerce n'a rien à voir dans les premiers; les autres y jouent, au contraire, un rôle fort important.

Le contrat d'assurance est une convention synallagmatique, par laquelle une personne s'engage, moyennant un prix déterminé, à indemniser une autre personne de la perte ou du dommage qu'elle peut éprouver relativement à une chose qui est exposée à des dangers d'une nature déterminée, tels que les dangers de la mer, ceux de l'incendie. Les dangers de la mer donnent lieu aux assurances maritimes (4);

(1) C. com., 91 et suiv.
(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 30 et suiv.
(3) C. civ., 1964.
(4) C. com., 332 et suiv.

les dangers de l'incendie ou autres analogues donnent lieu auxassurances terrestres.

Il y a aussi des assurances sur la vie. Par les unes, l'assureur s'engage, moyennant une prime, à payer à la personne au profit de laquelle l'assurance est faite, une indemnité qui consiste, soit en un capital, soit en des annuités temporaires ou viagères, à la mort de l'individu dont l'existence est assurée. Par les autres, l'assureur s'oblige, moyennant une prime à payer à l'assuré ou à un tiers, soit un capital convenu, soit des annuités, si, à une époque fixée d'avance, l'assuré vit encore. Cette dernière espèce de contrat prend le nom *d'assurance différée*.

Le contrat ou prêt à la grosse est un contrat par lequel un prêteur, que l'on désigne aussi sous le nom de donneur, prête une certaine somme d'argent sur des objets exposés aux dangers de la navigation, avec condition que, si ces objets arrivent heureusement, l'emprunteur lui remboursera le capital prêté, plus une somme déterminée pour prix des risques courus, et que si, au contraire, les objets périssent ou sont endommagés durant le voyage par quelque fortune de mer ou accident de force majeure, le prêteur ne pourra rien réclamer au delà de la valeur qui restera de ces objets.

Le prêt à la grosse est régi, sous plusieurs rapports, par les mêmes principes que le contrat d'assurance maritime. Il faut à l'un et à l'autre un objet mis en risque et un prix de ces risques. Ce prix, plus ou moins élevé, selon la convention, se nomme *prime* dans l'assurance, et prend, en matière de prêt à la grosse, le nom de *profit maritime change* ou *change nautique, nauticum fœnus*.

Mais il y a, entre le contrat à la grosse et le contrat d'assurance, cette différence notable que dans le contrat à la grosse, il se fait un payement anticipé de la valeur de toute ou partie de la chose mise en risque, payement que l'emprunteur doit restituer avec le profit maritime stipulé, si la navigation est heureuse ; tandis que, dans le contrat d'assurance, le payement n'est fait, par l'assureur, qu'après la perte des objets assurés.

Remarquons que le profit maritime étant le prix des risques que le prêteur prend à sa charge, et que ce prix étant nécessairement variable comme les risques, le législateur, plus conséquent avec les principes en cette matière que dans le prêt à intérêt, n'a pas limité le taux de ce profit et en a abandonné la fixation à la liberté des conventions particulières (1).

Le contrat d'assurance et le prêt à la grosse donnent lieu à des questions de préférence dans le cas de concours de l'assureur ou du prêteur avec les autres créanciers de l'assuré ou de l'empreunteur. Nous nous occuperons de ces questions en traitant des priviléges.

LIVRE VI

DES GARANTIES LÉGALES ET CONVENTIONNELLES DES OBLIGATIONS.

SOMMAIRE. — 2676. Sujet et division du livre VI.

2676. Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir (2). Tous les biens d'un débiteur sont donc la garantie de son obligation ; et cette garantie s'applique à toutes les obligations sans distinction. Elle s'exerce par la saisie des biens meubles et immeubles du débiteur, que peuvent pratiquer tous les créanciers porteurs de titres exécutoires, et, en Droit commercial, par la déclaration de faillite qui est un moyen particulier d'arriver à la réalisation de l'actif du débiteur et à son partage entre les créanciers, à moins qu'un arrangement intervenu entre le failli et ses créanciers n'ait modifié, dans l'intérêt commun, leur

(1) Voy. *sup.*, n. 2667.
(2) C. civ., 2092.

situation respective (1). Mais ces garanties de droit commun ne sont pas les seules qui puissent protéger le créancier contre l'impuissance ou la mauvaise volonté du débiteur. Il en est d'autres qui, dépendant de la convention ou de la loi, fortifient les obligations auxquelles le législateur ou les parties les ont attachées, soit en multipliant le nombre des débiteurs, soit en affectant leur personne même, soit en affectant leurs biens d'une manière spéciale et privilégiée. Ces garanties particulières s'obtiennent par la *transaction*, le *cautionnement*, la *contrainte par corps*, le *nantissement*, les *priviléges* et les *hypothèques*. Nous allons passer en revue ces différentes sortes de garanties, en commençant par celles qui sont de Droit commun.

TITRE I

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE.

SOMMAIRE. — 2677. Expropriation forcée proprement dite, ou saisie immobilière. — 2678. Saisie-arrêt. — 2679. Quelles créances peuvent être saisies-arrêtées. Lettres de change, billets à ordre, au porteur ; rentes sur l'État; gages des matelots et du capitaine. — 2680. Formes de la saisie-arrêt. — 2681. Saisie-exécution. Formes. — 2682. Quels objets sont saisissables. — 2683. Saisie des navires. — 2684. Saisie-brandon. Sa forme. — 2685. Conséquences des saisies; vente et distribution.

2677. L'expropriation forcée a lieu pour les immeubles et pour les meubles. Appliquée aux immeubles, elle retient le nom générique d'expropriation forcée et prend aussi la dénomination de *saisie immobilière ;* appliquée aux meubles, elle prend le nom de *saisie-arrêt*, de *saisie-exécution* ou de *saisie-brandon*, suivant les choses dont il s'agit d'exproprier le débiteur qui ne satisfait pas à ses obligations.

Tout créancier porteur d'un titre exécutoire a la droit de saisir les biens immeubles de son débiteur et d'en poursuivre

(1) Voy. sur la faillite, *sup.*, t. II, n. 1145 et suiv.

l'expropriation, en suivant les règles tracées par les articles 673 et suivants du Code de procédure.

2678. Tout créancier peut, en vertu de titres authentiques ou privés, saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets appartenant à son débiteur ou s'opposer à leur remise. S'il n'y a pas de titre, le juge du domicile du débiteur et même celui du domicile du créancier peuvent permettre, sur requête, la saisie-arrêt ou l'opposition (1).

2679. En général, toute somme due au débiteur peut être saisie-arrêtée par les créanciers de celui-ci entre les mains du tiers qui la doit. Néanmoins, il y a, à cette règle, des exceptions. Ainsi il ne peut être reçu d'opposition au payement d'une lettre de change que dans deux cas : le premier est celui où la lettre de change a été perdue ou volée ; le second celui où elle devient le gage des créanciers du porteur tombé en faillite. Dans tous les autres cas, toute opposition ou saisie faite pour quelque cause que ce soit, entre les mains de l'accepteur ou du tiré, est non avenue et ne peut faire obstacle au payement (2). Il en est de même des billets à ordre, que l'article 187 du Code de commerce assimile en ce point à la lettre de change ; de même des billets au porteur qui circulent sans laisser de traces, de manière qu'on ne sait jamais quel en est le créancier ; de même des rentes sur l'État, soit pour les arrérages (3), sauf le cas où la saisie-arrêt ou opposition est faite par le propriétaire d'une inscription volée ou perdue, et le cas où elle est pratiquée par l'agent du trésor sur une rente appartenant à un comptable reliquataire et dont le compte n'a pas été apuré (4).

Ce privilége d'insaisissabilité protége aussi les gages et salaires des matelots, quant aux créances qu'ils ont contractées dans les villes maritimes, à moins que ces créances n'aient pour cause le loyer de leur maison, leur subsistance, leurs hardes et celle de leur famille ; et même, dans ce cas, la saisie

(1) C. proc., 557 et 558.
(2) C. com., 149.
(3) L. des 8 niv. an VI, art. 4, et 22 flor. an VII.
(4) Avis du conseil d'État du 11 nov. 1817.

ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation du commissaire des classes (1). Quant aux gages et salaires des capitaines de navires, ils sont saisissables: le privilége d'insaisissabilité établi en faveur des matelots doit être limité aux simples matelots proprement dits (2).

2680. La forme de la saisie-arrêt ou opposition est déterminée par les articles 559 et suivants du Code de procédure.

2681. Tout créancier porteur d'un titre exécutoire peut saisir les meubles de son débiteur, au moyen d'une saisie-exécution dont les formes sont déterminées par les articles 583 et suivants du Code de procédure.

2682. Mais ce droit a des limites, et l'article 562 du Code de procédure émumère certains objets que, par des raisons d'humanité ou de convenance, la loi déclare insaisissables. Tels sont les objets de première nécessité pour le vêtement et la nourriture actuels du saisi et de sa famille, *victum et vestitum;* tels sont surtout les objets relatifs à l'exercice de sa profession ou de son art, comme ses livres, ses instruments, ses outils. On ne peut non plus saisir les hardes et équipages de voyage d'un capitaine de navire (3).

2683. La saisie des navires et autres bâtiments de mer est soumise à des conditions particulières en rapport avec l'importance de cette espèce particulière de meubles. Ces conditions sont détaillées dans les articles 197 et suivants du Code de commerce. Il est même à remarquer, sur ce point, que la loi, dans l'intérêt général de la navigation et du commerce, a défendu la saisie d'un navire français ou étranger prêt à faire voile. L'intérêt d'un seul ne peut l'emporter sur celui des chargeurs et arrêter une expédition qu'ils ont préparée de bonne foi. Le bâtiment est censé prêt à faire voile, lorsque le capitaine est muni de ses expéditions pour son voyage (4). Il

(1) Ord. du 17 juillet 1816, art. 37; ord. du 1er nov. 1745.

(2) Aix, 3 juin 1829, S., 9, 2, 279; D., 39, 1, 161; et 24 janv. 1834, *Journal de Marseille*, 14, 1, 178; Pardessus, n. 701; M. Alauzet, t. III, n. 1181.

(3) C. proc., 593; Pardessus, n. 670; Valin, sur le tit. I, liv. II, de l'ord. de 1681.

(4) C. com., 215.

n'y a exception à cette règle d'insaisissabilité, que lorsqu'il s'agit de dettes contractées pour le voyage. On peut saisir le navire, à raison de ces dettes, parce qu'il est permis de supposer que sans ces dettes le bâtiment n'aurait pas été en état de faire voile. Et même, dans ce cas, la saisie est empêchée par un cautionnement qui garantit aux créanciers saisissants ou le navire sera représenté à son retour ou que la dette sera payée s'il ne revient pas (1). Et lors même que le navire destiné à un voyage ne serait pas prêt à faire voile, s'il appartenait à plusieurs copropriétaires, et qu'une portion seulement fût saisie, les intéressés au voyage pourraient encore faire partir le bâtiment, à la charge par eux de rendre compte de cette même portion au créancier saisissant et de donner caution à cet effet (2).

Le navire en voyage peut aussi être saisi pour les dettes qu'il aurait contractées au lieu de relâche ; mais, dans ce cas encore, le capitaine peut, en donnant caution, empêcher la saisie (3).

2684. La saisie-brandon n'est autre chose que la saisie-exécution des fruits et récoltes pendants par racines. Les formes particulières en sont tracées par les articles 626 et suivants du Code de procédure.

2685. Tous les objets saisis, meubles ou immeubles, sont vendus par voie d'adjudication publique selon des formes destinées à provoquer la publicité de la vente et à appeler le plus grand concours possible d'enchérisseurs. Nous n'avons pas à entrer ici dans le détail de ces formes qui, de même que celles des différentes saisies, appartiennent à la procédure. Le produit de ces ventes, qui est le gage commun de tous les créanciers saisissants ou autres, de même que les sommes dues quand il s'agit d'une saisie-arrêt, sont distribuées entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre ces créanciers des causes légitimes de préférence : ces causes légitimes de

(1) C. comm., 215. — Pardessus, n. 610.
(2) *Exposé des motifs du Code de commerce.*
(3) Pardessus, n. 610; Boulay-Paty, t. I, p. 245; Dageville, t. II, p. 189.

préférence sont les priviléges et hypothèques dont nous nous occuperons bientôt (1).

TITRE II

DE LA FAILLITE.

SOMMAIRE. — 2686. Ce que c'est que l'état de faillite; son but et ses effets. Renvoi. — 2687. De l'union des créanciers; quand et comment elle se forme. — 2688. Secours au failli. — 2689. Liquidation de la faillite. Exploitation de l'actif. Engagements résultant de cette exploitation. — 2690. Convocations périodiques des créanciers. — 2691. Répartitions. — 2692. Dissolution de l'union. — 2693. De la clôture de la faillite en cas d'insuffisance de l'actif.

2686. J'ai déjà parlé de la faillite, qui, aux termes de l'article 437 du Code de commerce, est l'état de tout commerçant qui cesse ses payements, déclaré et reconnu par jugement du tribunal de commerce, rendu, soit d'office, soit à la requête des créanciers. La faillite a pour but, en désaisissant le failli de l'administration et de la disponibilité ses biens, de les placer sous la main de ses créanciers, comme par l'effet d'une saisie, d'empêcher qu'il ne paye les uns au préjudice des autres, et d'assurer à tous ceux dont les créances composent le passif de la faillite, une part correspondante dans l'actif de leur débiteur.

Nous avons vu les caractères de l'état de faillite; quand et comment la faillite est déclarée (2); ses effets relativement au désaisissement du failli et à l'incapacité d'agir et de contracter (3); comment la faillite est administrée par des syndics représentant les créanciers, et surveillés, dans l'intérêt de tous, par un juge commissaire délégué du tribunal de commerce (4); comment les effets de la faillite sont modifiés par

(1) Voy. *inf.*, tit. VII.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1145 et suiv.
(3) Voy. *ibid.*, n. 1178 et suiv., n. 1211 et suiv.
(4) Voy. *ibid.*, n. 1231 et suiv.

le concordat, ou traité qui intervient entre le failli et ses créanciers (1) ; la forme et les effets de ce concordat (2). Il nous reste à entrer dans quelques détails sur les suites légales de la faillite, quand ces suites et leurs effets n'ont pas été modifiés par un concordat.

2687. S'il n'intervient pas de concordat, soit parce qu'il y a condamnation pour banqueroute frauduleuse, soit parce que la majorité, en nombre et en sommes, a refusé de consentir au traité, soit parce que le tribunal de commerce a refusé son homologation, soit, enfin, parce que le concordat est annulé ou résolu, les créanciers sont de plein droit en état d'union, c'est-à-dire unis pour liquider l'actif de leur débiteur et arriver ainsi au payement de leurs créances. A cet effet, le juge-commissaire réunit immédiatement tous les créanciers pour les consulter, tant sur les faits de la gestion que sur l'utilité du remplacement ou du maintien des syndics. Il est dressé procès-verbal de leurs dires et observations, et, sur le vu de cette pièce, le tribunal continue les anciens syndics dans leurs fonctions, ou en nomme de nouveaux, selon qu'il le juge convenable (3).

2688. Aussitôt après la formation de l'union, les créanciers sont consultés sur la question de savoir si un secours peut être accordé au failli sur l'actif de la faillite. Lorsque la majorité des créanciers présents y consent, les syndics en proposent la quotité qui est fixée par le juge-commissaire, sauf recours au tribunal de commerce de la part des syndics seulement (4).

2689. Les syndics représentant la masse des créanciers, procèdent sans retard à la liquidation de la faillite, c'est-à-dire à la vente des immeubles, marchandises et effets mobiliers du failli ; le tout sous la surveillance du juge-commissaire, et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli. Néanmoins, les créanciers peuvent donner mandat aux syndics de continuer

(1) Voy. *ibid.*, n. 1236.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1730 et suiv.; et *sup.*, n. 2232 et suiv.
(3) C. com., 529.
(4) C. com., 530

l'exploitation de l'actif, au lieu de vendre les valeurs dont il se compose. La délibération qui leur confère ce mandat en détermine la durée et l'étendue, et fixe les sommes qu'ils peuvent garder entre leurs mains, à l'effet de pourvoir aux frais et aux dépenses. Cette délibération ne peut être prise qu'en présence du juge-commissaire, et à la majorité des trois quarts des créanciers en nombre et en sommes. La voie de l'opposition est ouverte contre cette délibération au failli et aux créanciers dissidents. Mais cette opposition n'est pas suspensive de l'exécution (1).

Dans le cas où l'exploitation de l'actif est autorisée, si les opérations des syndics entraînent des engagements qui excèdent l'actif de l'union, les créanciers qui ont autorisé ces opérations, sont seuls tenus au delà de leur part dans l'actif, mais seulement dans la limite du mandat qu'il ont donné ; et ils contribuent au *prorata* de leurs créances (2). Si les syndics outrepassaient le mandat qui leur a été donné, ils resteraient personnellement responsables de ce qu'ils auraient fait en dehors de leurs pouvoirs (3).

2690. Les créanciers en état d'union sont convoqués au moins une fois dans la première année, et, s'il y a lieu, dans les années suivantes, par le juge-commissaire. Dans ces assemblées, les syndics doivent rendre compte de leur gestion. Ils peuvent être continués dans l'exercice de leurs fonctions jusqu'à la fin de la liquidation et de la répartition de l'actif, ou remplacés s'il y a lieu (4).

2691. Au fur et à mesure de la liquidation et de la réalisation des valeurs de l'actif, il est procédé à la répartition entre les ayants droit, d'après des états dressés par des syndics et approuvés par le juge-commissaire (5). On commence à cet effet, par prélever les sommes nécessaires au payement de toutes les dépenses d'administration de la faillite, et à l'acquittement des engagements que la masse aurait contractés

(1) C. com., 532 et 534.
(2) *Ibid.*, 533.
(3) C. civ., 1998.
(4) C. com., 536.
(5) *Ibid.*, 565.

envers les tiers pour continuer les entreprises commencées par le failli ; le surplus est ensuite réparti entre les créanciers au marc le franc de leurs créances vérifiées et affirmées, sauf les droits de préférence des créanciers nantis d'un privilége, d'une hypothèque ou d'un gage (1).

Nul payement n'est fait par les syndics que sur la représentation du titre constitutif, ou, en cas d'impossibilité, sur le vu du procès-verbal de vérification (2).

2692. Lorsque la liquidation de la faillite est terminée, les créanciers sont convoqués par le juge-commissaire. Dans cette réunion, les syndics rendent leurs comptes, après quoi l'union est dissoute de plein droit (3).

2693. Il arrive souvent que l'actif de la faillite se trouvant insuffisant pour couvrir les dépenses auxquelles elle donne lieu, il est de l'intérêt bien entendu des créanciers et du failli lui-même de clore la faillite pour mettre les créanciers à même de poursuivre comme ils l'entendent le payement de ce qui leur est dû, et laisser au failli, s'il est de bonne foi, la facilité de chercher lui-même les moyens de se libérer. En conséquence, si à quelque époque que ce soit, avant l'homologation du concordat ou la formation de l'union le cours des opérations de la faillite se trouve arrêté par insuffisance de l'actif, le tribunal de commerce peut, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer, même d'office, la clôture des opérations de la faillite. Ce jugement fait rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles tant contre les biens que contre la personne du failli. Mais, le failli ou tout autre intéressé peut toujours faire rapporter ce jugement par le tribunal, en justifiant qu'il existe des fonds pour faire face aux frais des opérations de la faillite, ou en faisant consigner entre les mains des syndics, une somme suffisante pour y pourvoir (4).

(1) Voy. *inf.*, tit. VI et VII.
(2) C. com., 560.
(3) *Ibid.*, 537.
(4) *Ibid.*, 527.

TITRE III

DES TRANSACTIONS.

SOMMAIRE. — 2694. Ce que c'est qu'une transaction. — 2695. En matière de commerce, une transaction peut-elle être prouvée par témoins? — 2696. Le mineur commerçant peut-il transiger? — 2697. *Quid*, de la femme marchande?

2694. La transaction est un contrat par lequel les contractants, en renonçant chacun à une partie de leurs prétentions, ou en se faisant des concessions mutuelles, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître, dans le but de mieux assurer l'exercice des droits qu'ils conservent (1).

Ce contrat ne figure ici que pour mémoire, les règles et les effets des transactions étant les mêmes en droit commercial qu'en droit civil.

2695. Je m'arrêterai seulement à deux questions qui peuvent plus particulièrement intéresser le commerce.

La première naît de la disposition finale de l'article 2046 du Code civil, portant que la transaction doit être redigée par écrit ; et elle consiste à savoir si un acte écrit est exigé pour la preuve de ce contrat, aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile.

En matière civile, la question est controversée. Les uns décident que la transaction peut être prouvée par témoins quand il existe un commencement de preuve par écrit (2). Et si d'autres décident que, en droit civil, un acte écrit est nécessaire pour la preuve du contrat, de telle sorte que l'existence de la transaction ne puisse être prouvée par témoins, quand même il s'agirait de moins de cent cinquante francs (3), et même, selon des auteurs, alors qu'il y aurait un commence-

(1) C. civ., 2044.

(2) Cass., 20 nov. 1864, D., 66, 1, 105; S., 65, 1, 5; M. Pont, *Des petits contrats*, t. II, n. 501 et suiv.

(3) Cass., 9 vent. an VIII, S., 1, 1, 304; M. Troplong, *Des transactions*, n. 27.

ment de preuve par écrit (1), il n'en résulte pas cependant que l'écriture soit une condition substantielle de la transaction (2). Aussi, reconnait-on généralement que l'aveu d'une partie peut servir à établir l'existence d'une transaction non écrite (3), et que, pour obtenir cet aveu plus ou moins complet, on peut faire interroger sur faits et articles la partie qui méconnaît l'existence de ce contrat (4), ou lui déférer le serment (5). Si donc, l'écriture est exigée par la loi civile, ce n'est pas pour obéir aux nécessités mêmes du contrat qui ne répugne pas à tout autre mode de preuve : c'est par une mesure de précaution, et pour se conformer aux règles du droit commun, qui exigent qu'il soit passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, et qui défendent d'admettre aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis ses actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs (6). Et si l'on remarque qu'une transaction implique toujours l'abandon partiel d'un droit ou d'une prétention, et qu'ainsi elle modifie le plus ordinairement un titre ou un acte antérieur, on reconnaîtra que la disposition par laquelle l'article 2044 veut que la transaction soit prouvée par écrit, est en parfaite harmonie avec les autres dispositions qui sont le droit commun des matières civiles.

Et c'est précisément sur cette considération qui ne voit dans l'article 2044 qu'une reproduction des dispositions du droit commun et de l'article 1341 sur la preuve des conventions, que se fondent les partisans de l'admissibilité de la preuve testimoniale pour soutenir que cet article 2044 n'a pas en-

(1) Caen, 12 avril 1845, S., 46, 2, 168 ; M. Troplong, n. 30. *Contrà*, M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Transactions*, § 8, n. 3.

(2) M. Merlin, *ibid.*, § 8, n. 1 ; Delvincourt, t. III, p. 136; Duranton, t. XVIII, n. 406; M. Troplong, n. 27.

(3) M. Merlin, *ibid.* ; Delvincourt, p. 247.

(4) M. Merlin, *ibid.*, n. 2 ; Duranton, n. 406. — *Contrà*, M. Troplong, n. 31.

(5) Nancy, 29 juill. 1837, S., 39, 2, 140 ; Limoges, 6 fév. 1845, S., 45, 2, 655 ; M. Merlin, *ibid.* ; M. Duranton, n. 406. — *Contrà*, M. Troplong. n. 29.

(6) C. civ., 1341. Voy. *sup.*, n. 2541 et 2570.

tendu déroger à l'article 1347 qui s'applique à tous les cas où l'écriture n'est pas de l'essence de la convention et n'est exigée que pour sa preuve (1).

Mais de là faut-il conclure que le droit commun des matières commerciales étant l'admissibilité de la preuve testimoniale en toutes matières, et même quand il s'agit de prouver contre et outre le contenu aux actes (2), on doive reconnaître que cette preuve est toujours admissible pour la transaction dont l'objet est de prévenir ou de terminer une contestation commerciale ? J'avais pensé que la transaction constitue alors un acte essentiellement commercial, puisqu'elle a pour but de régler des intérêts commerciaux, en modifiant des obligations commerciales ; et qu'on devait dès lors lui appliquer, en ce qui concerne sa preuve, les règles du Droit commercial et non celles du Droit civil. Mais les observations que cette opinion a suggérées à M. Pont (3), ont jeté quelques doutes dans mon esprit. De ce que la transaction a pour but de régler des intérêts, cela ne fait pas, dit mon savant collègue, qu'elle soit elle-même, comme l'opération sur laquelle elle intervient, un acte commercial, parce que rien dans les transactions ne révèle l'idée de speculation ou de trafic caractéristique de l'acte de commerce. Et peut-être pourra-t-on dire que la transaction est un acte essentiellement civil comme le compromis par lequel deux commerçants chargeraient des arbitres de statuer sur une contestation née de leurs intérêts commerciaux, et comme la sentence intervenue par suite de ce compromis qui en mettant fin à une contestation dont l'intérêt est commercial ne constitue pas un acte commercial, mais a seulement pour but d'en déterminer et d'en fixer les résultats (4).

Dans tous les cas, on ne pourrait, même en matière commerciale, considérer comme un acte écrit de nature à faire preuve de la transaction, une lettre insérée ou copie de lettre d'un

(1) V. M. Pont, *loc. cit.*
(2) Voy. *sup.*, n. 2570.
(3) *Loc. cit.*, n. 500.
(4) Bordeaux, 5 fév. 1857, S., 57, 2, 575.

commerçant, quand rien ne prouve d'ailleurs que l'autre commerçant auquel cette lettre a été écrite ait accepté la transaction dont elle fait une mention plus ou moins complète et explicite (1).

2696. L'autre question est relative à la capacité du mineur commerçant et de la femme mariée marchande publique, pour consentir une transaction.

Quant au mineur autorisé à faire le commerce, comme il est réputé majeur relativement aux faits relatifs à son commerce, il est bien évident qu'il peut transiger sur ce qui concerne son négoce. Mais comme, aux termes de l'article 6 du Code de commerce, le mineur commerçant ne peut aliéner ses immeubles sans suivre les formalités prescrites par le Code civil, il faut en conclure que le mineur commerçant ne pourrait aliéner un immeuble par une transaction dont l'objet serait commercial, sans suivre les formalités exigées par l'article 467 du Code civil pour la validité des transactions faites au nom des mineurs (2).

2697. Quant à la femme marchande publique, qui peut s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce sans l'autorisation de son mari, elle peut par la même raison consentir sans son autorisation une transaction ayant le même objet (3). Et, comme les femmes marchandes publiques sont par cela même autorisées à aliéner leurs immeubles (4), il faut en conclure qu'elles peuvent les aliéner par une transaction comme de toute autre manière (5).

(1) Paris, 5 janvier 1867, D., 67, 2, 39.

(2) Sur la capacité générale des mineurs, et spécialement des mineurs commerçants. Voy. *sup.*, t. II, n. 1034 et suiv.

(3) C. com., 5.

(4) *Ibid.*, 7.

(5) Sur la capacité et les droits des femmes mariées. Voy. *sup.*, t. II, n. 1104 et suiv.

TITRE IV

DU CAUTIONNEMENT.

SOMMAIRE. — 2698. Définition du cautionnement. — 2699. Sa nature. Il peut être salarié, et à titre onéreux surtout en matière commerciale. — 2700. Ce qui distingue le cautionnement de l'assurance. — 2701. La convention *del credere* constitue-t-elle un cautionnement ou une assurance ? — 2702. Différentes sortes de cautionnement : conventionnel, légal, judiciaire. — 2703. De l'aval ; en quoi il se distingue du cautionnement ordinaire. — 2704. Le cautionnement d'une obligation commerciale a-t-il un caractère commercial ? — 2705. Soumet-il la caution à la juridiction commerciale et à la contrainte par corps ? — 2706. Division du titre IV.

2698. Le cautionnement est un contrat accessoire, par lequel une personne, qui prend le nom de caution ou de fidéjusseur, se soumet envers le créancier d'une obligation principale à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas par lui-même (1).

2699. On considère ordinairement le cautionnement, qui n'est pas sans analogie avec le mandat, comme un contrat de bienfaisance : c'est là en effet son caractère originel. Mais rien n'empêche qu'il devienne un contrat à un titre onéreux, et dans la pratique, surtout dans la pratique commerciale, le service rendu par la caution au débiteur, auquel il facilite les moyens d'emprunter, n'est pas un service gratuit. Rien de plus juste, d'ailleurs que de stipuler un salaire ou une indemnité au profit du fidéjusseur pour le danger qu'il court en s'exposant à payer pour un débiteur qui peut devenir insolvable. *Fidejussor*, dit Scaccia, qui se plaçait principalement au point de vue du commerce, *potest ratione periculi, quod fidejubendo subit, pacisci et stipulari aliquam mercedem pro ipsâ fidejussione, cùm possit contingere quod pro ipso debitore integram quantitatem ex propria patrimonia sit soluturus* (1).

2700. Mais il faut bien remarquer que cette indemnité ne peut être régulièrement payée que par le débiteur, auquel

(1) C. civ., 2011.

(2) *De comm. et camb.*, § 3, gl. 3, n. 7. — Limoges, 23 déc. 1847, S., 48, 2, 124 ; Cass., 15 mars 1854, S., 55, 1, 752.

seul la caution rend service en intervenant pour lui : si elle était payée par le créancier, le cautionnement dégénérerait en contrat d'assurance, parce qu'il n'aurait plus d'autre but que de garantir le créancier contre les chances de l'insolvabilité du débiteur. L'obligation naîtrait alors, non d'un contrat accessoire destiné à couvrir un débiteur principal, mais d'un contrat principal entre le créancier et un tiers, contrat également intéressé de part et d'autre, et par lequel le tiers, véritable assureur, prendrait sur lui, moyennant une prime, les chances que ne voudrait pas courir le créancier (1). Cette nuance assez délicate n'avait pas échappé à Scaccia qui, après avoir établi, comme nous venons de le voir, que la caution peut recevoir une indemnité ou un salaire, ajoute : *Hocque fidejussionis pretium seu merces aliquando solvitur à debitore, qui alias sine fidejussione non invenit qui ei pecuniam credat; aliquando verò, solvitur à creditore qui pro pecuniâ jam creditâ vult se assecurare* (2).

2701. On trouve un exemple fort remarquable d'une assurance de cette espèce dans la convention *del credere*, convention par laquelle le commissionnaire, moyennant un certain droit de commission, répond envers le commettant de l'insolvabilité des débiteurs avec lesquels il traite (3). Le commisionnaire est, dans ce cas, l'assureur du commettant ou du créancier, et non pas la caution du débiteur. D'anciens jurisconsultes n'avaient voulu voir qu'un cautionnement dans la convention *del credere*. C'était notamment l'opinion d'Ansaldus : Star del credere, *quod quotidiè practitatur pro debitoribus tertiis, aliisque, nihil aliud est quam fidejubere seu accedere alienæ promissioni* (4). Mais cette opinion, non moins contraire aux principes du droit qu'à l'usage du commerce et à la jurisprudence des anciens tribunaux d'Italie, ne pouvait pas

(1) Voy. M. Troplong, *Du cautionnement*, n. 35 et suiv.

(2) *Ubi sup.*, n. 8.

(3) Straccha, tit. *Mandati*, n. 37; Scaccia, § 2, gl., n. 400 et suiv.; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n. 300 et suiv.; M. Troplong, *Du mandat*, n. 373 et suiv., et *Du cautionnement*, n. 37.

(4) Ansaldus, *Disc.* 98, n. 51. Voy. aussi *Disc.* 61, n. 5.

prévaloir et n'a pas prévalu. Casaregis ne laisse aucun doute sur ce point (1).

2702. En certains cas, la caution est purement volontaire; dans d'autres, elle est exigée par la loi qui en fait soit la condition d'un payement, comme dans le cas de perte d'une lettre de change (2), soit la conséquence d'un fait qui diminue les garanties du créancier, comme dans le cas où le tiré refuse d'accepter une lettre de change (3). Quelquefois aussi, elle est exigée par le juge comme condition d'une condamnation (4).

2703. Il y a dans le commerce une espèce particulière de cautionnement. C'est l'aval, qui est l'engagement écrit que prend un tiers de garantir le payement à l'échéance d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (5). Il y a entre le cautionnement ordinaire et l'aval cette différence que le cautionnement, lors même qu'il s'applique à une obligation solidaire, telle qu'une lettre de change, n'établit de solidarité qu'entre la caution et celui des débiteurs qu'elle a cautionné (6), tandis que l'aval, à moins de convention contraire, établit la solidarité entre le donneur d'aval et tous les signataires de la lettre de change (7). Je me borne à signaler ici cette différence; je signalerai les autres à mesure que l'occasion s'en présentera.

(1) *In hâc enim quæstione quamvis alii firmârint mercatorem sic se obligantem* (Stando del credere), *non induere nisi personam meri fidejussoris, verior tamen et menti mercatorum magis accommodata usuque recepta est altera opinio contraria, sustinens obligationem principalem sine remedio excussionis fuisse vigore hujusmodi verborum contractam per mercatores*; *et cum hâc opinione transit rota romana, dec.* 139 *ac dec.* 146. *Et cum hâc intelligentiâ ea verba à mercatoribus accipi testatur insignis* Petri (in Negotiant., cap. XXXI) ; *et ità obtinui in facto, et neperrimè Pisis etiam ab illustrissimo magistratu consulum maris.* Casaregis, *Disc.* 68, n. 11 et suiv. — Voy. mes observations sur un arrêt de la cour de cassation du 7 déc. 1858, S., 59, 1, 305.

(2) C. com., 151.

(3) *Ibid.*, 120.

(4) C. civ., 2040.

(5) C. com., 141.

(6) *Ibid.*, 120.

(7) *Ibid.*, 141.

2704. Il est à remarquer que le cautionnement même solidaire d'une obligation commerciale, souscrit même par un commerçant, constitue par lui-même un engagement purement civil, et ne prend le caractère d'un engagement commercial, que lorsqu'il a été contracté dans une forme commerciale, ou lorsqu'il a, de la part de celui qui l'a souscrit, une cause commercialement intéressée, par exemple lorsque, soit à raison du salaire, soit à raison de toute autre circonstance particulière, la caution ne s'est obligée que dans un but de spéculation et dans la vue d'un gain à réaliser. Sans doute le cautionnement est une obligation accessoire de l'obligation principale : mais s'il résulte de là que, à moins de convention contraire, la caution est obligée aux mêmes prestations que le débiteur principal, il n'en résulte pas que la caution soit nécessairement obligée de la même manière que le débiteur principal. Sous ce rapport les deux obligations sont distinctes et doivent être appréciées l'une et l'autre d'après le caractère particulier qu'elles peuvent revêtir suivant leur objet. Si donc je cautionne purement et simplement l'obligation que vous avez contractée de payer à telle époque le prix des marchandises que vous avez achetées pour les revendre, je suis obligé comme vous au payement de ce prix ; mais comme ce n'est pas moi qui me suis rendu acquéreur des marchandises, que cette opération m'est étrangère, et qu'elle ne peut être pour moi la cause ni d'un profit ni d'une perte, mon obligation qui ne se rattache à la vôtre qu'en ce sens que je serai tenu de payer si vous ne payez pas, en est d'ailleurs complétement indépendante, et a un caractère purement civil, alors même que je serais commerçant si d'ailleurs elle ne se rattache pas à mon commerce. Mais si au contraire en cautionnant votre obligation commerciale j'emploie une forme commerciale ; si je vous cautionne dans un but de spéculation en m'intéressant à votre opération soit directement, en y prenant une part quelconque, soit indirectement en stipulant un salaire, alors je fais un acte de commerce qui change le caractère primitif et propre de mon obligation (1).

(1) Cass., 26 janv. 1852, S., 52, 1, 202 ; Grenoble, 6 avril 1854, *ibid.*,

2705. Il suit de là qu'à moins de circonstances particulières qui donnent au cautionnement d'une obligation commerciale, un caractère commercial, la caution n'est pas justiciable du tribunal de commerce et qu'avant l'abolition de la contrainte par corps elle n'était pas passible de ce moyen d'éxécution (1).

2706. Je vais traiter successivement des conditions, de la forme et de l'étendue du cautionnement; — de ses effets; — et de son extinction.

CHAPITRE PREMIER

DES CONDITIONS, FORME ET ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

Sommaire. — 2707. Il n'y a pas de cautionnement sans une obligation valable à laquelle il se rattache. — 2708. Cautionnement de l'obligation du mineur commerçant et de la femme marchande publique. — 2709. Peut-on cautionner les obligations d'un failli? Distinction. — 2710. On peut cautionner une obligation naturelle. Exemple pris du concordat. — 2711. On peut cautionner une caution. — 2712. Du cautionnement sans ordre ou contraire aux ordres du cautionné. — 2713. Capacité nécessaire pour pouvoir se rendre caution. Mineur commerçant; femme marchande publique. — 2714. De l'aval souscrit par une femme ou une fille non-marchande publique. — 2715. Du domicile de la caution. — 2716. De la solvabilité de la caution, en matière civile; en matière commerciale. — 2717. En matière commerciale, il n'est pas nécessaire que le fidéjusseur soit commerçant. — 2718. En matière civile, comment s'estime la solvabilité d'un commerçant donné pour fidéjusseur? — 2719. Remplacement de la caution devenue in-

54, 2, 777; Paris, 15 juill. 1854, *ibid.*, 55, 2, 657; Cass., 21 nov. 1855, *ibid.*, 56, 1, 496; Rouen, 4 nov. 1858, *ibid.*, 59, 2, 669; Cass., 29 nov. 1859, *ibid.*, 60, 1, 526; Rouen, 7 janv. 1859, *ibid.*, 60, 2, 93; Paris, 28 mai 1859, *ibid.*; Besançon, 21 mai 1860, *ibid.*, 61, 2, 141; Bourges, 19 juill. 1860, *ibid.*; Chambéry, 6 juin 1865, S., 66, 2, 32; Cass., 16 mai 1866, D., 66, 1, 279; 27 août 1867, D., 67, 1, 490; et 22 fév. 1869, D., 69, 1, 515. M. Alauzet, *Comment.*, t. IV, n. 2049. — Toutefois, la jurisprudence antérieure était contraire. Voy. Paris, 13 avril 1834, S., 34, 2, 296; Rouen, 6 avril 1838, *ibid.*, 39, 2, 47; Cass., 23 avril 1845, *ibid.*, 45, 2, 478; Paris, 21 avril 1845, *ibid.*, 46, 1, 440.

(1) Voy. les arrêts cités à la note qui précède. Voy. aussi Poitiers, 8 juin 1859, S., 60, 2, 93; et Cass., 5 janv. 1859, *ibid.*, 60, 1, 993. — Sur ce point encore, on trouve dans la jurisprudence antérieure des décisions contraires. Voy. notamment Cass., 23 juill. 1833, S., 33, 1, 877.

solvable. — 2720. *Quid*, en cas de décès. — 2721. La caution judiciaire doit être contraignable par corps. — 2721 *bis*. Une société anonyme peut-elle servir de caution judiciaire ? — 2722. On peut fournir un gage ou un nantissement à la place d'une caution légale ou judiciaire. — 2723. Le cautionnement doit être exprès ; mais il peut être prouvé autrement que par écrit. — 2724. *Bon* ou *approuvé* du cautionnement fourni par acte sous seing privé. — 2725. Le cautionnement en forme d'aval doit toujours être écrit. Forme de l'aval. Ses effets, selon qu'il est donné par acte séparé ou qu'il se trouve sur le titre même. — 2726. De l'aval résultant d'une lettre de crédit. — 2727. Du cautionnement résultant d'une lettre de crédit. — 2728. Une lettre de recommandation constitue-t-elle un cautionnement. — 2729. De l'étendue du cautionnement. Il ne peut excéder la dette principale. — 2730. Mais le fidéjusseur peut être plus étroitement obligé. Exemples. Obligations naturelles. Contrainte par corps. — 2731. Le fidéjusseur peut-il être soumis à la contrainte par corps quand le bidéteur principal en est affranchi ? — 2732. La caution d'un contraignable par corps est-elle de plein droit soumise à cette contrainte ? Distinctions. — 2733. Le fidéjusseur peut être moins strictement obligé que le débiteur principal, soit qu'il s'agisse d'un cautionnement ordinaire, soit d'un aval. — 2734. A moins de convention contraire, le cautionnement s'étend à tous les accessoires de la dette. — 2735. Les engagements de la caution passent-ils à ses héritiers ?

2707. La première condition de l'existence d'un cautionnement valable, c'est une obligation à laquelle il se rapporte, et qui lui serve de soutien, en même temps qu'il lui sert de garantie (1). C'est la conséquence nécessaire de ce que le cautionnement n'est pas une obligation principale, mais une obligation accessoire. Il suit de là, ainsi que nous le verrons plus tard, que la caution peut, comme le débiteur principal lui-même, demander la nullité de l'obligation principale, et proposer toutes les exceptions de nature à établir, soit qu'il n'a jamais existé d'obligation principale, soit qu'il n'en existe plus (2).

2708. On peut donc cautionner toutes les obligations valables contractées soit par des individus ayant une capacité absolue, soit par des individus n'ayant qu'une capacité relative ; telles que les obligations commerciales du mineur émancipé autorisé à faire le commerce, ou de la femme marchande publique. On peut même cautionner les obligations contrac-

(1) C. civ., 2012.
(2) Voy. *inf.*, n. 2758.

tées par des incapables, quand, abstraction faite de l'incapacité de l'obligé, l'obligation ne renferme aucune cause de nullité, soit quant à sa forme, soit quant à cause, soit quant à son objet. C'est ce qui résulte de l'article 2012 du Code civil, aux termes duquel on peut cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception personnelle à l'obligé, par exemple dans le cas de minorité. Dans ce cas, le cautionnement a principalement pour but de garantir le créancier contre les suites de l'incapacité de son débiteur.

2709. Par la même raison, on peut cautionner l'obligation contractée par un failli pour une dette postérieure à sa faillite, et qui n'en grève pas l'actif. Mais il en serait autrement s'il s'agissait d'une dette antérieure, et si le cautionnement n'avait d'autre but que d'assurer des avantages particuliers à un créancier, au préjudice des autres dont il doit subir le sort commun (1). C'est dans ce sens qu'il a été jugé par la Cour de Douai, le 3 avril 1843 (2), que la nullité d'un billet souscrit par un failli, au profit de l'un de ses créanciers, pour faire meilleure la condition de ce créancier, entraînait celle de l'aval ou du cautionnement souscrit par un tiers, « attendu que l'obligation étant, par des motifs d'ordre public, frappée de nullité par l'article 498 du Code de commerce à l'égard du failli, elle n'était pas susceptible d'être garantie par un aval, le cautionnement ne pouvant exister, aux termes de l'article 2012 du Code civil, que sur une obligation valable. »

Serait pareillement nul le cautionnement par lequel un tiers garantirait à l'un des créanciers son payement intégral, pour le déterminer à voter un concordat qui fait des remises au débiteur failli. Des cautionnements de cette nature, déclarés valables avant la loi modificative des dispositions du Code de commerce sur les faillites (3), ne pourraient être maintenus en présence de la loi nouvelle qui, en annulant les traités particuliers faits entre le failli et quelques-uns de

(1) C. com., 597.
(2) S., 43, 2, 419.
(3) Voy. Cass., 19 juin 1832, S., 32, 1, 529.

ses créanciers, annule également les actes qui sont la conséquence de ces traités ou qui en supposent l'existence.

2710. On peut encore cautionner une obligation naturelle (1). C'est pourquoi nonobstant le concordat accordé à un failli, les créanciers qui lui ont fait des remises conservent leur recours pour la totalité contre ses cautions (2) ; la portion de la créance dont il a fait remise constituant une obligation naturelle (3).

Et il en est ainsi alors même que le cautionnement aurait été stipulé dans les dix jours qui ont précédé la déclaration de faillite ; la nullité prononcée par les articles 446 et 447 du Code de commerce ne s'applique qu'aux actes souscrits par le failli (4).

2711. On peut se rendre caution, non-seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné (5).

2712. On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu (6). C'est là un quasi-contrat *negotiorum gestorum*. On peut donc cautionner le débiteur malgré sa défense, de même qu'on peut gérer l'affaire d'autrui quoiqu'il eût donné des ordres contraires (7).

2713. Pour pouvoir se rendre caution, il faut être capable de contracter (8). Le mineur émancipé autorisé à faire le commerce, la femme marchande publique, peuvent donc souscrire un cautionnement commercial.

2714. Il y a plus, bien que les lettres de change souscrites par des femmes ou des filles non marchandes publiques ne vaillent à leur égard que comme simples promesses, cependant l'aval souscrit par elles, pour garantie du payement d'une lettre de change, n'en produit pas moins tous les effets soli-

(1) *Fidejussor accipi potest quotiès est aliqua obligatio civilis seu naturalis cui applicatur*. L. 16, ff. *De fidejus*.

(2) C. com., 545.

(3) Voy. *sup.*, n. 2068.

(4) Cass., 17 avril 1849, S., 49, 1, 389.

(5) C. civ., 2014.

(6) *Ibid.*

(7) Voy. *sup.*, n. 2621, Duranton, t. XVIII, n. 316 ; M. Troplong, n. 128, M. Pont, n. 89.

(8) C. civ., 2018.

daires attachés à cette espèce de contrat. C'est ce qui résulte de ce que la lettre de change, quoique réputée simple promesse, n'en conserve pas moins la forme extrinsèque et substantielle d'une lettre de change, et n'en constitue pas moins un acte exclusivement commercial (1).

2715. Quand, en s'obligeant envers un créancier qui exige une caution, le débiteur en présente une, c'est au créancier à en examiner la solvabilité ou la convenance, à l'admettre si elle lui convient, à la rejeter si elle ne lui convient pas. Lui seul, dans ce cas, est juge du point de savoir si la caution offerte présente des garanties suffisantes. Mais quand une caution est due, soit en vertu d'une obligation antérieure, soit en vertu de la loi (2), la loi a dû régler les conditions de son admissibilité, afin que le créancier ne pût être contraint d'admettre le premier venu, ou ne pût refuser arbitrairement tout le monde. Ces conditions sont déterminées par les articles 2018, 2019 et 2020 du Code civil.

Aux termes de l'article 2018, le domicile de la caution doit être dans le ressort de la cour d'appel où elle est donnée. Mais la loi ne dit pas où la caution doit être donnée, si c'est au domicile du débiteur ou au domicile du créancier, ou au lieu dans lequel doit s'exécuter l'obligation principale. Ce silence est prudent, et la loi a sagement fait de laisser aux juges la faculté de déterminer, selon les circonstances, le lieu dans lequel la caution doit être donnée. Ce que les juges ne doivent pas perdre de vue, c'est que la facilité de poursuivre un débiteur fait partie de sa solvabilité : *Fidejussor locuples videtur non tantum ex facultatibus sed ex conveniendi facilitate* (3). Quand il s'agit d'une caution conventionnelle, on peut facilement croire, qu'à moins de stipulations contraires, elle doit être donnée au domicile du créancier (4). Mais quand il s'agit d'une caution légale, il en est autrement, et il y a même certains cas où la caution ne peut être donnée au domicile du créancier et doit

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1136 et 1138.
(2) Voy. *sup.*, n. 2702.
(3) L. 2, ff. *Qui satisd.*
(4) Voy. M. Troplong, *Du cautionnement*, n. 192 et suiv. ; M. Pont, n. 131.

l'être nécessairement au domicile du débiteur ou au lieu du payement. Telle est la caution qui doit être donnée en cas de non-acceptation d'une lettre de change ou en cas de faillite de l'accepteur, par les coobligés au payement de l'effet (1). Cette caution doit être évidemment fournie au lieu du payement : elle ne pourrait l'être au domicile du porteur ou du créancier, parce que la lettre de change étant destinée à la circulation, celui qui en est porteur au jour où la caution est fournie pourrait n'en plus être porteur au jour de l'échéance.

2716. D'après le même article 2018, la caution présentée doit être solvable : la solvabilité de la caution est la cause déterminante de l'obligation. Dans les matières civiles, à moins qu'il ne s'agisse de dettes modiques, la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières ; mais il en est autrement en matière de commerce : c'est le crédit notoire de la caution qui en établit la solvabilité (2).

2717. Remarquons, du reste, qu'en matière de commerce, il n'est pas nécessaire de donner un commerçant pour caution : un non-commerçant, dont la richesse mobilière serait connue pourrait être admis aussi bien qu'un commerçant. L'article 2019 du Code civil ne pose aucune limite à la faculté qu'il donne aux juges d'estimer la solvabilité d'une caution, en matière de commerce, autrement qu'en ayant égard à ses immeubles.

2718. Mais je ne saurais partager l'opinion de M. Troplong, qui pense qu'un commerçant qui n'a pas d'immeubles peut être donné pour caution d'une dette civile (3). On ne peut pas dire que, dans ce cas, la matière soit commerciale, car il est bien évident que l'article 2019, en faisant une exception, pour les matières commerciales, à la règle générale d'après laquelle la solvabilité de la caution s'estime eu égard à ses propriétés foncières, entend parler des matières qui sont commerciales d'après l'objet de l'obligation principale, et non de celles dans lesquelles on offre un commerçant pour caution. Autre-

(1) C. com., 120 et 444.

(2) C. civ., 2019 ; Cass., 13 nov. 1839, S., 39, 1, 943. — V. M. Pont, n. 120.

(3) *Du cautionnement*, n. 206.

ment, il n'y a pas de matière qui de civile ne pût devenir commerciale, puisqu'il suffirait pour la dépouiller de son caractère propre et lui en faire revêtir un autre, de présenter un commerçant pour caution d'une obligation civile. Ce n'est pas là assurément ce qu'a voulu l'article 2019. Sans doute il serait bien que la solvabilité d'un commerçant présenté pour caution pût être appréciée au point de vue de son état commercial, soit que l'obligation principale fût commerciale, soit qu'elle fût civile. C'est ce qu'on décidait dans l'ancienne jurisprudence, du moins dans l'ancienne jurisprudence italienne, qui, plus avancée que le législateur moderne, mettait sur la même ligne le crédit mobilier et le crédit immobilier (1). Mais c'est ce qu'on ne saurait décider aujourd'hui sans se mettre en hostilité flagrante avec le texte même de l'article 2019.

2719. Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre (2). Mais cela ne s'entend que du cas où la caution a été donnée en vertu de la loi ou en vertu d'une obligation antérieure. Lorsque, au contraire, un débiteur contracte sous la caution de telle personne désignée et acceptée pour caution, l'insolvabilité postérieure de cette personne ne donne pas lieu à son remplacement, parce que le débiteur n'a pas contracté l'obligation indéfinie de fournir caution, mais s'est seulement soumis à l'obligation de donner pour caution une personne convenue (3).

2720. Dans tous les cas, au surplus, soit qu'il s'agisse d'une caution conventionnelle, soit qu'il s'agisse d'une caution légale, son décès ne donne pas lieu à remplacement, puisque, ainsi

(1) *Qui non possidet immobilia, non est idoneus fidejussor: hoc tamen fallit in illo qui non possidet immobilia, sed possidet multa mobilia in loco ubi fidejubet, quæ de facili exportari non possunt, ut si teneret magnam apothecam seu mensam ibi, vel si haberet ibi multa nomina creditorum.* Hyp. de Marsiliis, *De fidejuss.*, n. 241. Voy. aussi Bartole, *In lege sciendum*, ff. *Qui satisd.*

(2) C. civ., 2020.

(3) Pothier, *Des oblig.*, n. 391; M. Troplong, n. 215 et suiv.

que nous le verrons bientôt, son obligation passe à ses héritiers (1).

2721. Ajoutons que, avant l'abolition de la contrainte par corps, la caution judiciaire, c'est-à-dire celle qui doit être fournie en vertu d'un jugement, devait, en outre des conditions ci-dessus énumérées, être contraignable par corps (2).

2721 *bis*. On s'est demandé si une société anonyme peut servir de caution judiciaire; et il a été jugé que bien qu'une société anonyme ne fût pas susceptible de contrainte par corps, quand la contrainte par corps existait, elle peut, aujourd'hui que la contrainte par corps n'existe plus, servir de caution judiciaire, étant apte à réunir les trois conditions de capacité, de solvabilité et de domicile exigées par les articles 2018 et 2019 du code civil (3).

2722. Enfin, celui qui, obligé par la loi ou par jugement à fournir une caution, ne peut en trouver une, est admis à fournir à sa place un gage ou nantissement suffisant (4).

2723. Le cautionnement étant contracté dans l'intérêt exclusif ou du moins principal du débiteur cautionné, ne se présume pas et doit être exprès (5). Mais il ne faut pas conclure de là qu'il doive être nécessairement écrit. Il peut donc être prouvé par témoins dans tous les cas où cette preuve est ad missible, d'après les règles générales des obligations civiles ou commerciales (6).

2724. Mais lorsque le cautionnement est écrit et par acte sous seing privé, il doit, à moins qu'il ne soit écrit par la caution elle-même, être revêtu d'un bon ou approuvé de sa main, contenant en toutes lettres la somme pour laquelle elle s'oblige (7).

2725. Il y a exception à la règle qui dispense le cautionne-

(1) Voy. *inf.*, n. 2735.

(2) C. civ., 2040. Trib. de comm. de la Seine, 27 avril 1847, et 4 fév. 1848, D., 47, 4, 64 et, 48, 3, 14.

(3) Paris, 30 août 1867, D., 68, 2, 11, arrêt rendu sous ma présidence.

(4) C. civ., 2041. Voy. *inf.*, tit. IV.

(5) C. civ., 2015.

(6) Cass., 26 mai 1829, S., 9, 1. 298, 1er fév. 1836, S., 36, 1, 84, et 17 mars 1868, D., 68, 1, 293.

(7) Voy. *sup.*, n. 2409. Voy. aussi Bordeaux, 17 juin 1852, S., 52, 2, 672; et Cass., 1er mars 1853, S., 55, 1, 211.

ment de la formalité de l'écriture, pour l'aval qui est l'engagement que prend un tiers de garantir et cautionner le payement à l'échéance d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (1). Cet engagement doit être écrit. Cela résulte de l'article 142 du Code de commerce, aux termes duquel cette garantie est fournie sur la lettre même ou par acte séparé, ce qui suppose nécessairement l'intervention de l'écriture. Du reste, l'aval n'est soumis à aucune forme particulière (2); il peut consister en une simple signature sur la lettre de change ou le billet à ordre (3); il peut également être donné par lettre missive (4). Mais dans tous les cas où la promesse de garantir le payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre est donnée par acte séparé, c'est aux juges à décider, d'après les termes dans lesquels il est conçu, si cette garantie constitue un aval cautionnant d'une manière générale le payement de l'effet et assimilant celui qui l'a promise aux autres signataires; ou si ce n'est qu'un cautionnement ordinaire, qui n'établit de solidarité qu'entre la caution et celui des débiteurs qu'elle a cautionné (5). Du reste, la circonstance que les effets auxquels s'applique la garantie ne seraient pas encore souscrits ou négociés au moment où elle est promise, par exemple, lorsqu'un tiers se porte, par lettre missive, garant solidaire, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, des effets qui seront souscrits ou négociés pendant un certain temps par une autre personne, cette circonstance, dis-je, ne suffit pas pour que cette garantie doive être considérée plutôt comme un cautionnement ordinaire que comme un aval (6). Il est absolument nécessaire, pour constituer un aval, que l'acte de garantie contienne la désignation individuelle des traites ou des billets auxquels il s'applique (7).

(1) C. com., 141.

(2) Cass., 30 mars 1819, S., 6, 1, 50 ; D., 6, 674.

(3) Colmar, 22 nov. 1811, S., 3, 2, 580; Bruxelles, 13 nov. 1830, S., 35, 2, 63; Cass., 31 déc. 1851, S., 52, 1, 92, et 4 mars 1851, S., 51, 1, 389.

(4) Cass., 2 janv. 1847, S., 47, 1, 253.

(5) Voy. *sup.*, n. 2703. — Voy. Cass., 25 janv. 1847, S., 47, 1, 253.

(6) Voy. *Ibid.;* Bastia, 6 mars 1855, S., 55, 2, 329, et Cass., 13 avril 1859, S., 60, 1, 174.

(7) Cass., 24 juin 1816, S., 5, 1 208.

2726. C'est dans ce sens qu'il a été jugé, qu'une lettre de crédit donnée à un négociant sur un autre négociant peut être considérée comme un aval anticipé des effets commerciaux qui seront ultérieurement souscrits par le crédité (1).

2727. Dans tous les cas, la lettre de crédit, quand elle ne constitue pas un aval, me paraît devoir, sans aucun doute, constituer un cautionnement du crédité, de telle sorte que, si le crédité ne rembourse pas les sommes qu'il a reçues de celui à qui la lettre de crédit était adressée, celui qui a donné la lettre est tenu de les rembourser. La lettre de crédit acceptée par celui à qui elle est adressée emporte, entre celui-ci et son auteur, un véritable contrat qui, de même qu'elle oblige celui à qui elle est adressée à ouvrir un crédit au crédité, oblige le donneur de la lettre à répondre de la solvabilité du crédité.

2728. Il y a plus de difficulté relativement aux lettres de recommandation qui n'affectent pas la forme précise des lettres de crédit, et qui ne contiennent que l'invitation de prêter de l'argent ou de fournir des marchandises à un tiers. On comprend que, dans des rapports de pure bienveillance, une simple invitation de prêter de l'argent ou de fournir des marchandises à quelqu'un, ne doive pas être facilement considérée comme emportant un cautionnement du prêt ou de la fourniture qui serait fait en suite de cette invitation. Mais on comprend aussi qu'il en doit être autrement dans les rapports plus stricts et plus intéressés qu'établit ordinairement le commerce, quand on excède les termes d'une simple invitation ou d'un conseil, et qu'on intervient d'une manière active pour recommander un tiers. C'est là une distinction clairement faite par Casaregis : *Aut suadens et commendans servavit terminos simplicis suasionis et commendationis sine aliis verbis ex quibus erui possit expressè vel virtualiter obligatio aliqua vel promissio ; tunc commendans et suadens nullo modo remanet obligatus, quamvis commendatio vel suasio respiciat effectum alicujus negotii certi* (2)... *Sed si mercator ultrà terminos simplicis persuasionis et commen-*

(1) Bourges, 23 août 1823 ; S., 7, 2, 262 ; D., 6, 668.
(2) *Disc.* 126, n. 10.

dationis scripserit verba præ se ferentia aut virtualiter habentia vim promissionis, vel obligationis, non solum secundum proprium et litteralem eorum sensum, sed etiam secundum leges et consuetudines mercatorum, tunc mercator de proprio tenebitur uti fidejussor illius qui habito præcisè respectu ad commendationes et suasiones, res suas vel pecunias aliis credidit (1). La solution de la question dépend donc de l'interprétation des termes dans lesquels est conçue la recommandation ou l'invitation, en observant, d'ailleurs, que ces termes doivent impliquer un cautionnement bien plus facilement en matière commerciale qu'en matière civile.

2729. Aux termes de l'article 2013 du Code civil, le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. S'il excède la dette, ou s'il est contracté sous des conditions plus onéreuses, il doit être réduit à la mesure de l'obligation principale. La caution ne peut s'obliger *in duriorem causam*. Mais, comme le fait observer Pothier (2), ce principe doit s'entendre par rapport à ce qui est dû et à ce qui fait objet de l'obligation principale. La caution ne peut pas devoir plus que le débiteur ne doit, *quantitate, die, loco, conditione, modo*. Mais, quant à la qualité du lien, le fidéjusseur peut être plus étroitement et plus durement obligé.

2730. Ainsi la caution d'une obligation naturelle est plus étroitement obligée que le débiteur principal, puisqu'elle peut être contrainte à payer, et que le débiteur ne le peut être (3). C'est ce qui se vérifie en matière de faillite, où l'on voit les cautions du failli rester civilement obligées pour la totalité de la dette dont une partie a été remise au failli par concordat, bien que le montant des remises ne constitue plus pour le failli qu'une obligation naturelle (4).

Ainsi encore la caution judiciaire devait être contraignable par corps, quoique le débiteur principal pût n'y pas être sujet (5).

(1) *Disc.* 126, n. 14 et 15.
(2) *Des oblig.*, n. 376.
(3) Pothier, *ibid.*
(4) Voy. *sup.*, n. 2710. Voy. aussi *sup.*, n. 2236.
(2) C. civ., 2040.

2731. Mais c'était une question de savoir, en matière de caution conventionnelle, si la caution pouvait être soumise à la contrainte par corps, quand le débiteur principal en était affranchi. Il est d'abord incontestable que la caution ne pouvait pas se soumettre conventionnellement à la contrainte par corps quand le débiteur principal en était affranchi. C'est la disposition expresse de l'article 2060 du Code civil (1). Si donc un débiteur non-commerçant avait été cautionné pour une dette purement civile par un non-commerçant, le créancier n'aurait pu stipuler contre la caution la contrainte par corps à laquelle n'aurait pas été soumis le débiteur principal. Si, au contraire, un commerçant s'était rendu caution, par une voie commerciale, d'une obligation qui n'avait aucun caractère commercial relativement au débiteur principal non-commerçant, était-il contraignable par corps? Par exemple, un non-commerçant a souscrit un billet à ordre pour une cause non commerciale; un commerçant s'en rend caution au moyen d'un aval. Le débiteur principal non commerçant n'était pas contraignable par corps : c'est la disposition expresse de l'article 637 du Code de commerce. Le donneur d'aval y était-il soumis? Sans aucun doute, si l'aval est sur le billet même, puisque l'article 637 précité, relatif au cas où un billet à ordre est revêtu de signatures d'individus commerçants et non commerçants, n'affranchit de la contrainte par corps que les non-commerçants, sans distinguer à quel titre les commerçants y ont apposé leur signature. Et je pense qu'il en devait être de même quand l'aval est donné par acte séparé; l'article 142 du Code de commerce mettant sur la même ligne l'aval donné par acte séparé et celui qui est fourni sur le titre même.

2732. Quant à la question de savoir si la caution d'un débiteur soumis à la contrainte par corps était elle-même de plein droit soumise à la même contrainte, elle dépend, ainsi que nous l'avons vu plus haut (2), de celle de savoir si le fidéjusseur commerçant, ou non commerçant a fait ou n'a pas fait acte de commerce.

(1) Voy. *inf.*, tit. V.

(2) Voy. *sup.*, n. 2704.

2733. Il suit de là que le fidéjusseur peut être moins strictement obligé que le débiteur principal. L'article 2013 du Code civil permet même de contracter le cautionnement pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses; et l'article 142 du Code de commerce, entrant dans la même voie, permet aux conventions particulières de modifier les obligations qui résultent régulièrement de l'aval.

2734. Mais, pour que le cautionnement soit moins étendu que l'obligation principale, il faut, excepté dans les cas où la restriction résulte de la loi, qu'elle résulte d'une stipulation expresse. Dans le silence des parties, le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande et à tous les frais postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution (1).

2735. Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'obligation était telle que la caution y fût obligée (2). J'ai déjà expliqué la raison de cette différence entre les voies d'exécution qui ne touchent que les biens et celles qui s'attaquent à la personne (3).

CHAPITRE II

DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT.

(1) C. civ., 2016.
(2) *Ibid.*, 2017.
(3) Voy. *sup.*, t. II, n. 1362.

de discussion. — 2742. Il en est de même de la caution judiciaire et du certificateur de la caution judiciaire. — 2743. Le bénéfice de discussion existe-t-il en matière commerciale? — 2744. La caution salariée peut être présumée avoir renoncé au bénéfice de discussion. — 2745. Solidarité des cofidéjusseurs. — 2746. Du bénéfice de division. Il appartient à la caution commerciale comme à la caution civile. — 2747. Conséquences de l'insolvabilité d'une ou plusieurs cautions relativement au bénéfice de division. — 2748. Effets du cautionnement entre le débiteur et la caution. — 2749. Recours de la caution contre le débiteur principal. — 2750. Subrogation de la caution à tous les droits du créancier contre le débiteur. — 2751. Du recours quand il y a plusieurs codébiteurs principaux. — 2752... Quand le fidéjusseur n'a cautionné qu'un seul de plusieurs codébiteurs solidaires. — 2753. Du recours de la caution quand le débiteur a payé lui-même par la faute de celle-ci. — 2754. Quand la caution peut-elle agir contre le débiteur principal avant d'avoir payé? — 2755. Effets du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

2736. Les effets du cautionnement peuvent être considérés sous un triple rapport : soit entre le créancier et la caution, soit entre le débiteur et la caution, soit entre les cofidéjusseurs d'une même obligation. Occupons-nous d'abord des effets du cautionnement entre le créancier et la caution.

2737. De ce que le cautionnement est un contrat accessoire par lequel une personne se soumet envers le créancier d'une obligation principale, à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (1), il en résulte que la caution n'est obligée à payer le créancier qu'à défaut du débiteur (2). Toutefois, il ne résulte pas de là que, dans les cas ordinaires, le retard du débiteur doive être constaté par une mise en demeure : il suffit, pour que le créancier puisse s'adresser à la caution, qu'en fait le débiteur principal n'ait pas rempli son obligation à l'époque où il devait le faire. La mise en demeure est une formalité rigoureuse qui ne peut être suppléée, et dont les termes très-généraux des articles 2011 et 2021 du Code Civil n'impliquent pas la nécessité (3).

2738. Cependant, il y a certains cas, surtout en matière commerciale, où on ne peut agir contre la caution avant

(1) C. civ., 2011.

(2) *Ibid.*, 2021.

(3) M. Troplong, *Du cautionnement*, n. 232. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 2021; Duranton, t. XVIII, n. 331.

d'avoir constaté, d'une manière particulière, le refus de payement du débiteur principal : par exemple, en matière d'aval, où le recours contre le donneur d'aval peut être soumis à la condition d'une dénonciation du protêt qui a été fait au débiteur principal. Néanmoins, il faut distinguer à cet égard, entre le cas où le donneur d'aval a garanti un coobligé auquel le protêt doit être dénoncé, tel qu'un endosseur, du cas où il a garanti un obligé qui ne peut se prévaloir de ce défaut de dénonciation, tel que le souscripteur d'un billet à ordre ou le tireur d'une lettre de change (1). Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, le donneur d'aval était toujours assimilé à un endosseur, soit qu'il eût garanti le souscripteur, le tireur ou un endosseur, et dans un cas comme dans l'autre, le protêt devait toujours lui être dénoncé à peine de déchéance. C'est ce que les auteurs qui ont écrit sur cette ordonnance, ou qui l'ont commentée, faisaient résulter de l'article 32 du titre V (2). Dans ce système, la dénonciation qu'on pouvait se dispenser de faire au débiteur principal, quand c'était le tireur d'une lettre de change ou le souscripteur d'un billet à ordre, devait toujours être faite à la caution. Savary en donne pour raison que le donneur d'aval qui avait des fonds faits à l'échéance, avait dû croire, en voyant que le porteur ne réclamait pas, que le billet avait été acquitté; que, dans cette persuasion, il avait pu se dessaisir de ses fonds, et qu'il n'était pas juste de venir le surprendre longtemps après, lorsqu'il n'était plus en mesure, parce que cela pouvait l'exposer à perdre tout recours utile, par exemple, si le souscripteur avait fait faillite dans l'intervalle. Le Code de commerce n'a pas reproduit la disposition assez obscure de l'article 32 de l'ordonnance de 1673. L'article 142 porte que le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties. De là, on doit conclure que, contrairement à ce qui se décidait sous l'empire de

(1) C. com., 170.

(2) Voy. Jousse et Bornier, sur cet article; Savary, *Parf. nég.*, liv. III, chap. VIII, et *Parère* 84; Pothier, *Du contr. de change*, n. 23; M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Aval*.

l'ordonnance, le donneur d'aval, garant du tireur ou du souscripteur, ne peut prétendre à une dénonciation qui ne doit pas être faite au garanti ; mais que, de même que sous l'ordonnance, le donneur d'aval, garant d'un endosseur, est assimilé au garanti, et qu'on doit lui dénoncer le protêt comme à un endosseur; qu'en un mot, les donneurs d'aval ne sont pas, en tout état de cause, assimilés aux endosseurs, mais tour à tour aux tireurs, aux endosseurs ou aux accepteurs, selon qu'ils ont cautionné les uns ou les autres (1).

2739. La caution à laquelle le créancier s'adresse pour obtenir le payement que n'a pas fait le débiteur principal, a le droit, sur les premières poursuites dirigées contre elle (2), de demander que le débiteur soit discuté dans ses biens, c'est-à-dire d'exiger que le créancier fasse préalablement procéder à la saisie et à la vente des biens du débiteur principal (3). A cet effet, la caution qui requiert la discussion, doit avancer les deniers suffisants pour faire cette discussion, et indiquer les biens du débiteur principal, pourvu que ces biens ne soient pas situés hors du ressort de la Cour d'appel du lieu où le payement doit être fait; qu'ils ne soient pas litigieux, et qu'ils soient encore en la possession du débiteur alors même qu'ils seraient hypothéqués à la dette (4). Toutes les fois que la caution a fait cette indication de biens, et qu'elle a fourni des deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal, survenu par défaut de poursuites (5).

2740. Comme nous l'avons vu tout à l'heure (6), la discussion étant un bénéfice introduit dans l'intérêt unique du fidé-

(1) Cass., 9 flor., an X, S., 2, 1, 632 ; 26 janv. 1818, *ibid.*, 3, 1, 406; 30 mars 1819, D., 6, 674; et 25 janv. 1847, S., 47, 1, 258 ; Pardessus, n. 397; E. Vincens, t. II, p. 221; Locré, sur l'art. 142; M. Merlin, *Répert.* et *Quest.*, v° *Aval;* E. Persil, *De la lettre de change*, p. 228 ; M. Nouguier, *Du contrat de change*, t. I, p. 322.

(2) C. civ., 2022.

(3) *Ibid.*, 2021.

(4) *Ibid.*, 2028.

(5) C. civ., 2014.

(6) Voy. le n° qui précède.

jusseur, il peut y renoncer en ne la proposant pas. Il peut également y renoncer d'une manière expresse, soit au moment du contrat, soit à toute autre époque; et, dans ce cas, il ne peut plus faire discuter le débiteur principal (1).

2741. Il en est de même quand le fidéjusseur est obligé solidairement avec le débiteur principal. La solidarité exclut la discussion. Dans ce cas l'effet de l'engagement du fidéjusseur se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires (2).

2742. La caution judiciaire ne peut non plus demander la discussion du débiteur principal (3). Il en est de même de celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire: il ne peut demander la discussion ni du débiteur principal, ni de la caution (4).

2743. C'est une question que de savoir si le bénéfice de discussion est admis dans les matières commerciales. La négative n'est pas douteuse dans tous les cas où la caution est solidairement obligée. Ainsi un donneur d'aval, qui est solidairement tenu avec le tireur et les endosseurs, ne peut jamais demander la discussion des obligés principaux : la solidarité en fait un obligé principal. Dans les cas, au contraire, où une caution commerciale n'est pas engagée dans les liens de la solidarité, on a élevé des doutes sur le point de savoir si elle jouit du bénéfice de discussion.

En parlant de doutes, je ne dis pas assez : M. Troplong décide de la manière la plus formelle, que le bénéfice de discussion n'est pas admis dans les matières commerciales où la confiance, le crédit, la bonne foi, doivent être exubérants (5). MM. Delamarre et Lepoitvin partagent ce sentiment (6). Au

(1) C. civ., 2021.

(2) *Ibid.* — Sur les effets de la solidarité. Voy. *sup.*, t. III, n. 2014 et suiv.

(3) C. civ., 2042.

(4) *Ibid.*, 2043.

(5) *Du cautionnement*, n. 333.

(6) *Contr. de comm.*, t. II, n. 302. — Ces auteurs appuient leur opinion d'un exemple pris de la commission *del credere*, dans laquelle le commettant peut s'adresser au commissionnaire avant de s'adresser au débiteur. Mais

contraire, M. Pardessus (1), et M. E. Vincens (2) et M. Pont (3) se prononcent d'une manière non moins formelle dans le sens de l'admission du bénéfice de discussion; et ils passent légèrement sur ce point comme sur une chose qui ne peut pas être contestée. Les opinions sont donc complétement tranchées de part et d'autre. Quant à moi, je n'hésite pas à me prononcer dans le même sens que MM. Pardessus, E. Vincens et Pont, par cette raison qui répond à toutes les considérations sur lesquelles peut s'appuyer l'opinion contraire, qu'aucune disposition légale, expresse ou non expresse, n'enlève à la caution commerciale le bénéfice de discussion, dont l'article 2021, qui pose une règle de droit commun, appelle à jouir sans distinction tous les fidéjusseurs.

Il est vrai que l'ancienne jurisprudence italienne avait fini par repousser le bénéfice de discussion, en matière commerciale. Casaregis est formel (4) ; Ansaldus ne l'est pas moins (5). Mais cette opinion n'avait pas toujours été admise sans résistance ; et on peut voir dans Straccha (6) les controverses au milieu desquelles avait été agitée la question. Tandis que Casaregis et Ansaldus trouvaient l'exception de discussion contraire à la bonne foi qui doit régner dans les affaires commerciales, la Rote de Gênes la trouvait souverainement juste et équitable (7), et l'admettait sous certaines distinctions qui avaient pour résultat nécessaire d'en consacrer le prin-

cet exemple n'a rien de concluant, puisque la commission *del credere* ne constitue pas un cautionnement, mais une assurance. Voy. *sup.*, n. 2701.

(1) N. 537.

(2) T. II, p. 28 et 136.

(3) N. 158.

(4) *Locum non habere firmiter credebam exceptionem excussionis quià eam non patitur bonæ fidei exuberantia inter mercatores requisita. Disc.*, 68, n. 14.

(5) *Mercatores fidejubentes pro alio etiam si non renunciaverint beneficiis favore fidejussorum introductis adhùc non gauderent beneficio excussionis ergà principalem debitorem, vel quià excussionis exceptio est de apicibus juris, vel quia id exposcit præcipuè fides quam habent homines in promissione campsorum. Disc. gen.*, n. 86 et 87.

(6) *Quomodò in caus. merc.*, *De except.*, n. 5 et suiv.

(7) ... *Quod imò excussio habeat in se summariam æquitatem et opponi possit quandò de æquitate proceditur.* Casaregis, *Decis.* 90, n. 10.

cipe (1). Mais c'est là de l'histoire ancienne, et ces opinions sont inutiles, d'une part, pour fortifier l'article 2021, qui dans sa généralité se suffit à lui-même, et d'autre part, elles ne peuvent fortifier un système qui ne trouve dans la loi aucun point d'appui.

La jurisprudence, d'ailleurs, n'a pas hésité à admettre le bénéfice de discussion en matière commerciale. Il y a en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1851 (2) qui juge que celui qui en mettant son aval sur un effet de commerce a entendu s'obliger, non comme caution solidaire, auquel cas il n'y aurait pas eu lieu au bénéfice de discussion (3), mais comme certificateur de la caution du débiteur principal de cet effet, et qui par conséquent ne s'est soumis à aucune solidarité, peut opposer aux poursuites dirigées contre lui l'exception de discussion de la caution qu'il a certifiée.

Je reconnais que, quelquefois, en matière commerciale, la discussion peut être d'un exercice assez difficile, et que le crédit peut avoir à souffrir des retards qu'elle entraîne à sa suite; par exemple, lorsque la caution est sur les lieux, et que le débiteur principal demeure à une grande distance (4); Mais il faut bien remarquer que le cautionnement le plus ordinaire, en matière commerciale, est l'aval qui, grâce à la solidarité, échappe à ces inconvénients ; que les formalités légales qui retardent l'exercice du bénéfice de discussion en rendent l'emploi rarement utile dans le commerce où l'intérêt de tous est d'arriver promptement au but et d'avoir une position claire et nette ; enfin, que la renonciation au bénéfice de discussion, qui peut être implicite, doit se présumer en matière commerciale beaucoup plus facilement qu'en matière civile.

2744. Ainsi, pour en fournir un exemple, lorsque le fidéjusseur est salarié, et qu'il y a quelque chose à gagner pour

(1) Voy. *ibid.*, n. 11, et *Decis.* 91, n. 29 et 30.
(2) S., 51, 1, 389.
(3) Voy. *sup.*, n. 2741.
(4) *Et id magis procedit si debitores causati forent absentes, et in longinquis partibus commorantes.* Casaregis, *Disc.* 68, n. 16.

lui à payer pour le débiteur principal, on doit admettre, à moins de circonstances particulières fournissant des inductions contraires, qu'il a renoncé au bénéfice de discussion (1).

2745. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette, par l'effet d'une sorte de solidarité qui autorise le créancier à leur demander la totalité de ce qui lui est dû, et non pas seulement leur part viriie (2).

2746. Mais chacun des fidéjusseurs jouit d'un bénéfice qui les distingue profondément des codébiteurs solidaires proprement dits. Ils ont le droit, à moins qu'ils n'y aient renoncé, d'exiger que le créancier divise préalablement son action et la reduise à la part et portion de chaque caution. C'est ce qu'on appelle le bénéfice de division (3).

Ce bénéfice appartient en principe à la caution commerciale comme à la caution civile, et on peut lui appliquer tout ce que j'ai dit du bénéfice de discussion (4).

2747. Lorsque dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division (5).

Mais si le créancier a divisé lui-même volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables (6).

2748 Je passe aux effets du cautionement entre le débiteur et la caution.

2749. La caution qui a payé a naturellement un recours contre le débiteur principal. Ce recours lui appartient, soit

(1) *Ob receptam mercedem fidejussor non potest se dictâ exceptione velare.* Casaregis, *Disc.* 68, n. 15.

(2) C. civ., 2025.

(3) *Ibid.*, 2026.

(4) Voy. *sup.*, n. 2743 et suiv.

(5) C. civ., 2026.

(6) *Ibid.*, 2027.

que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur ; il lui appartient lors même qu'elle aurait cautionné le débiteur contre sa volonté : dans ces divers cas le cautionnement constitue une gestion d'affaires dont les suites se règlent d'après les principes que nous avons déjà exposés plus haut (1).

Le recours de la caution a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. Elle a aussi un recours pour les dommages-intérêts s'il y a lieu (2).

2750. De plus, la caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur (3). C'est là une subrogation légale, dont les effets sont réglés par les principes que nous avons précédemment exposés (4).

2751. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux, le fidéjusseur qui les a tous cautionnés n'a recours contre eux que pour leur part dans la dette, s'ils ne sont solidaires. Mais, s'ils sont solidaires, la caution a contre eux un recours pour le total de ce qu'elle a payé (5).

2752. Quant au fidéjusseur qui n'a cautionné qu'un seul des codébiteurs et qui a payé la dette entière au créancier, il n'est légalement subrogé aux droits du créancier que contre celui des débiteurs qu'il a cautionné, et il n'acquiert contre les autres que le droit du débiteur cautionné. En conséquence, ce fidéjusseur n'a aucun recours contre les codébiteurs qu'il n'a pas cautionnés, alors que le débiteur cautionné a perdu tout recours contre ces derniers par suite de conventions particulières (6).

2753. La caution qui a payé une première fois n'a pas de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du payement par elle fait,

(1) Voy. *sup.*, n. 2621 et 2630. — C. civ., 2028.
(2) C. civ., *ibid.*
(3) *Ibid.*, 2029.
(4) Voy. *sup.*, n. 2156 et suiv. — Voy. aussi *inf.*, n. 2764.
(5) C. civ., 2030.
(6) Cass., 19 avril 1854, S., 55, 1, 17. Voy. mes observations sur un arrêt en sens contraire, du 10 juin 1861, S., 61, 1, 577.

sauf, bien entendu, son action en répétition contre le créancier qui a reçu deux fois ce qui ne lui était dû qu'une seule fois (1). De même encore, lorsque la caution a payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'a point de recours contre lui dans le cas où, au moment du payement, ce débiteur avait des moyens pour faire déclarer la dette éteinte : sauf, dans ce cas encore, son action en répétition contre le créancier (2).

2754. La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée, dans cinq cas énumérés par l'article 2032 du Code civil : 1° lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le payement; 2° lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture ; 3° lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ; 4° lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ; 5° au bout de dix années lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale ne soit de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé (3).

2755. J'arrive maintenant aux effets du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

Ces effets sont réglés par l'article 2033, aux termes duquel, lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. Mais cette caution ne peut exercer ce recours si elle a payé avant d'avoir été poursuivie en justice par le créancier; ou sans que le débiteur fût en faillite ou en déconfiture, ou avant l'expiration du terme auquel le débiteur s'était obligé de lui rapporter décharge ; ou avant l'échéance de l'obligation ; ou avant l'expiration des dix années, lorsque l'obligation n'avait pas de terme fixe d'échéance (4).

(1) Voy. *sup.*, n. 2633 et suiv.

(2) C. civ., 2031.

(3) Voy. Grenoble, 3 août 1853, S., 54, 2, 449.

(4) C. civ., 2033. — M. Chabot, *Rapport au tribunat;* Locré, t. XV, p. 347, n.23.

CHAPITRE III

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

SOMMAIRE. — 2756. Le cautionnement s'éteint comme les autres obligations ; payement ; compensation ; novation ; remise ; confusion. — 2757. L'extinction de l'obligation principale entraîne celle du cautionnement. — 2758. Exceptions proposables par la caution. — 2759. La caution qui a garanti l'exécution du concordat ne peut se prévaloir de la résolution de ce contrat pour inexécution de la part du failli. — 2760. Le donneur d'aval peut-il opposer les exceptions qui appartiennent au débiteur principal? — 2761. *Quid*, si l'exception ne tend qu'à réduire l'obligation aux proportions d'une simple promesse? — 2762. La compensation, la novation, la dation en payement, accomplies au profit du débiteur principal sont opposables par la caution. — 2763. *Quid*, de la prorogation du terme accordée au débiteur principal? Distinction. — 2764. La caution est déchargée si par le fait du créancier elle ne peut plus être subrogée dans ses droits contre le débiteur. — 2765. En est-il à cet égard de la caution solidaire comme de la caution simple? — 2766. *Quid*, du donneur d'aval? — 2767. *Quid*, du débiteur solidaire? — 2768. *Quid*, du débiteur solidaire d'une lettre de change ou d'un billet à ordre?

2756. Celui qui cautionne s'oblige envers le créancier; l'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint donc par les mêmes causes que les autres obligations. Ainsi, non-seulement le cautionnement s'éteint par le payement que la caution fait au créancier, mais encore par la compensation, quand le fidéjusseur se trouve lui-même créancier du créancier ; par la novation qui s'opérerait entre le fidéjusseur et le créancier ; par la remise du cautionnement que le créancier ferait au fidéjusseur, et, enfin, pour terminer par un exemple puisé dans le Code lui-même, par la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal ou de la caution, quand l'un devient héritier de l'autre, bien que d'ailleurs, dans ce dernier cas, la confusion laisse subsister l'obligation de celui qui a cautionné la caution (1).

2757. A ces causes d'extinction qui sont propres à l'obligation accessoire de la caution, et qui peuvent laisser subsister l'obligation principale, se joignent les causes d'extinction qui en faisant cesser l'obligation principale éteignent en même

(1) C. civ., 2035.

temps l'obligation accessoire, puisque, ainsi que nous l'avons déjà vu, il ne peut pas y avoir de cautionnement sans une obligation principale à laquelle il se rattache (1).

2758. Il suit de là que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette, parce que ces exceptions font qu'il n'y a pas de dette à laquelle puisse se rattacher le cautionnement ; tandis qu'elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur, parce que ces exceptions, qui ont pour résultat de faire que le débiteur ne soit pas obligé, n'ont pas pour résultat de faire qu'il n'y ait pas d'obligation (2). C'est pourquoi, ainsi que nous l'avons vu (3), les remises faites à un failli par concordat ne libèrent pas les cautions.

2759. Il y a d'ailleurs, précisément en matière de faillite et de concordat, une exception fort remarquable à la règle qui veut que la caution soit libérée par l'extinction de l'obligation principale. Aux termes de l'article 520 du Code de commerce, la résolution du concordat par suite d'inexécution des conditions acceptées par le failli, ne libère pas les cautions qui y sont intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle. J'ai déjà expliqué les motifs de cette exception (4).

2760. M. Troplong (5) examine une question qui, je le crois comme lui, ne peut plus se présenter aujourd'hui et qui est résolue par les articles 141 et 142 du Code de commerce. Il s'agit de savoir si le donneur d'aval peut, comme le fidéjusseur ordinaire, opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. Scaccia décide la négative en se fondant sur une disposition particulière de statut de Gênes (6). *In republicâ genuensi*, dit Scaccia, *hæc personæ inhabi-*

(1) Voy. *sup.*, n. 2707.
(2) C. civ., 2036.
(3) Voy. *sup.*, n. 2730.
(4) Voy. *sup.*, t. III, n. 1805.
(5) *Du cautionnement*, n. 524.
(6) Liv. IV, chap. XII, § *ult.*

litas quæ inficit cambium contractum ab ipsâ personâ inhabili, non se extendit ad fidejussorem seu mandatorem habilem, quia is intelligitur obligatus uti principalis, et in solidum; quarè si quis suprà se pro alio, seu computo alterius, tractam aliquam fecerit..... vel litteras aliquas suscripserit, exceptionem aliquam vel defensionem ex personâ ipsius principalis allegare non poterit, ut putà quod principalis esset minor, vel fœmina, aut alio quoquo modo inhabilis (1). Telle pouvait être la loi de Gênes; mais telle n'est pas notre loi. D'une part, il résulte de l'article 141 du Code de commerce, que le donneur d'aval n'est qu'un garant. Ce n'est donc pas un débiteur principal. Il est solidaire, cela est vrai, mais la solidarité ne fait pas dégénérer l'obligation accessoire de la caution en obligation principale. D'une autre part, aux termes de l'article 142, le donneur d'aval est tenu par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs. Le donneur d'aval cesse donc d'être tenu, quand les tireurs ou les endosseurs qu'il a cautionnés ou garantis ont eux-mêmes cessé d'être tenus, puisque, s'il en était autrement, il ne serait pas vrai de dire qu'il est tenu par les mêmes voies. C'est là un point qui n'a jamais fait question pour personne (2).

2761. Remarquons, au surplus, que si l'exception de l'obligé principal, par exemple d'une femme non marchande publique, ne tendait qu'à réduire son obligation aux proportions d'une simple promesse (3), le donneur d'aval ne pourrait prétendre à davantage et resterait obligé dans la même mesure que la femme qu'il a cautionnée.

2762. Du principe que la caution est déchargée par l'effet de l'extinction de l'obligation principale, il résulte que la compensation, la novation qui s'opèrent au profit du débiteur principal, peuvent être opposées par la caution. Il en est de même de la dation en payement : l'acceptation volontaire par le créancier d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de l'obligation principale, décharge la caution, encore

(1) *De comm. et camb.*, § 1, quæst. 7, part. III, limit. 17, n. 8.

(2) Voy. M. Nouguier, *Du contrat de change*, t. I, p. 322. — Voy. Paris, 13 mars 1854, S., 55, 2, 201.

(3) C. com., 113.

que le créancier vienne à en être évincé (1), quelle que soit d'ailleurs la cause de l'éviction (2).

2763. Cependant, si le créancier s'est borné à accorder au débiteur une prorogation de terme, cette prorogation qui, en définitive, laisse subsister l'obligation et profite à la caution comme au créancier, ne peut décharger la caution. Seulement, si la caution croit y avoir intérêt, elle peut, sans attendre l'échéance du terme prorogé, payer ou forcer le débiteur principal à se libérer (3). Il importerait donc peu que, depuis la prorogation du terme, le débiteur principal eût fait faillite et exposé la caution au recours du créancier. Le cautionnement n'en subsisterait pas moins, et c'est à lui-même que le fidéjusseur devrait s'en prendre de n'avoir pas profité du droit qu'il avait de contraindre le débiteur à se libérer (4).

Mais il est bien évident que si le fidéjusseur, au lieu de s'obliger purement et simplement, s'était obligé à temps et avait stipulé un terme pour l'exercice de l'action résultant du cautionnement, la prorogation du terme de l'obligation principale la libérerait, puisqu'aucun recours ne pourrait être exercé contre lui au delà du terme fixé par l'acte de cautionnement (5).

2764. Outre les modes d'extinction dont il vient d'être question, il en est un autre qui prend son origine dans les obligations du créancier envers le fidéjusseur, et principalement dans le droit du fidéjusseur, en demandant la discussion, de contraindre le créancier à exercer ses droits contre le débiteur. Aux termes de l'article 2037, la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Et, par le fait du créancier, il faut entendre, non-seulement les faits positifs, *in committendo*, mais encore les faits négatifs, *in omittendo*, l'action

(1) C. civ., 2038.
(2) Orléans, 30 août 1850, S., 51, 2, 44.
(3) C. civ., 2039; Pothier, n. 406.
(4) Straccha, *De decoct.*, part. III, n. 1.
(5) M. Troplong, *Du cautionnement*, n. 375; Straccha *ubi sup.*

aussi bien que l'omission. C'est un point sur lequel il n'y a plus de doute aujourd'hui (1).

2765. Mais un autre point fort sérieusement controversé est celui de savoir si la caution solidaire peut invoquer la disposition de l'article 2037. Cette question a été négativement résolue par M. Troplong, dans son commentaire du *Cautionnement* (2), dans une dissertation qui est assurément l'un des morceaux les plus remarquables qui soient sortis de la plume de cet éminent jurisconsulte. Je me bornerai donc à renvoyer à son opinion que j'adopte complétement, tout en reconnaissant, d'ailleurs, que la doctrine et la jurisprudence se sont généralement prononcées en sens contraire, et ne font aucune distinction entre la caution solidaire et la caution simple (3).

2766. De là il suit que le donneur d'aval ou tout autre caution solidaire d'une lettre de change, ne peut opposer au porteur qui, après avoir obtenu condamnation contre un des obligés principaux et avoir pris inscription en vertu de cette condamnation, a donné mainlevée de cette inscription, une exception prise de ce qu'il ne peut plus être subrogé dans les droits résultants de cette inscription (4).

2767. C'est encore une question que de savoir si, en admettant que l'article 2307 fût applicable à la caution solidaire comme à la caution simple, le codébiteur solidaire devrait être sous ce rapport assimilé à la caution solidaire, de telle sorte qu'il fût déchargé, lorsque le créancier s'est mis par son propre fait dans l'impossibilité de le subroger dans ses droits et actions contre les autres codébiteurs. La négative me semble devoir être admise par cette raison principale, que

(1) Voy. Cass., 14 juin 1841, S., 41, 1, 465; et 20 mars 1843, *Ibid.*, 43, 1, 455, et 23 fév. 1857, *Ibid.*, 57, 1, 359.

(2) N. 557 et suiv.

(3) Voy. notamment M. Duranton, t. XVI, n. 382; M. Merlin, vo *Solidarité*, n. 5; M. Pont, n. 368, Orléans, 3 avril 1851, S., 51, 2, 555; Cass., 16 mars 1852, S., 52, 1, 636; Nancy, 19 fév. 1858, S., 58, 2, 244; Toulouse, 2 mai 1859, S., 59, 2, 416.

(4) Voy. *sup.*, n. 2760. — Voy. en sens contraire, Caen, 18 mars 1828, S., 9, 2, 56.

l'article 2037 constitue une règle spéciale au cautionnement, fondée sur la protection due à celui qui en payant la dette d'autrui a le droit d'exiger que le créancier puisse le mettre en son lieu et place, et lui transmettre ses actions contre le débiteur principal; tandis que le débiteur solidaire, en payant ce qu'il doit, ne fait qu'accomplir son obligation propre, et ne peut mettre à l'accomplissement de cette obligation des conditions qui n'ont pas été stipulées au moment du contrat et ne résultent pas de son essence. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est généralement prononcé la jurisprudence (1).

2768. Dans tous les cas, en admettant que lorsqu'il s'agit de la solidarité ordinaire, c'est-à-dire d'une dette qui se divise entre plusieurs débiteurs tenus personnellement pour leur part et portion et solidairement pour le tout, les codébiteurs puissent être considérés comme cautions les uns des autres pour ce qui excède la part dont chacun d'eux est tenu dans la dette commune, et qu'ils puissent dès lors, pour cet excédant, opposer l'article 2037 au créancier, il est évident qu'il n'en saurait être de même quand il s'agit de la solidarité spéciale des signataires ou des endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. En effet, il ne s'agit plus alors d'une dette qui se divise entre plusieurs débiteurs, mais d'une dette dont chaque débiteur est tenu pour le tout : le seul effet de cette solidarité d'une espèce particulière est de donner au porteur le droit de s'adresser indifféremment à l'un ou à l'autre des endosseurs qui le précèdent, lequel endosseur paye, quand il est poursuivi, non la dette des autres, mais sa dette propre, et exerce ensuite, s'il y a lieu, un recours contre les endosseurs précédents, non en vertu des principes ordinaires de

(1) Voy. Caen, 30 mars 1833, S., 35, 1, 338; Toulouse, 19 mars 1842, S., 43, 2, 185; Riom, 2 juin 1846, S., 46, 2, 370; Dijon, 30 avril 1847, S., 47, 2, 602; Paris, 8 mars 1851, S., 51, 2, 427; Bourges, 10 juin 1851, *ibid.*, 681; Cass., 13 janv. 1852, S., 52, 1, 105, 18 fév. et 3 avril 1861, S., 61, 1, 586 et 986. — Voy. aussi en ce sens, M. Troplong, *Cautionnement*, n. 563. M. Larombière, sur l'art. 1208, n. 4, et M. Pont, n. 369. Mais voy. en sens contraire, Pothier, *Oblig.*, n. 275; M. Delvincourt, t. II, p. 135, n. 5; M. Merlin, *Quest.*, v° *Solidarité*, § 5; M. Toullier, t. VII, n. 172; M. Duranton, t. VIII, n. 282.

la solidarité qui sont ici sans application, mais parce que devenu porteur de l'effet, il se trouve créancier de tous ceux qui en sont encore débiteurs (1). Il suit de là que chaque endosseur, étant débiteur principal du tout, ne peut à aucun point de vue être considéré comme la caution proprement dite des autres obligés, et par conséquent qu'il ne peut se prévaloir pour se dégager de ses obligations, de ce que le créancier aurait laissé perdre les sûretés particulières qu'il avait contre l'un des coobligés, pourvu toutefois qu'il n'ait pas laissé perdre les sûretés attachées par la loi à la lettre de change ou au billet à ordre.

C'est dans ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 17 janvier 1831 (2), que l'article 2037 du Code civil ne peut être opposé par le tireur ou autre coobligé au payement d'une lettre de change, au porteur qui aurait donné mainlevée d'une inscription d'hypothèque prise en vertu d'un jugement par lui obtenu contre les divers obligés au titre, alors que d'ailleurs il n'a fait perdre à ces divers obligés aucune sûreté commerciale, et qu'il n'a négligé aucune des procédures et formalités que lui imposait sa qualité de porteur de la lettre de change, aux termes des articles 118, 162 et 164 du Code de commerce.

TITRE V

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS (3).

SOMMAIRE. — 2769. Ce que c'est que la contrainte par corps. Règles différentes en matière civile et en matière commerciale. — 2770. Contrainte

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1992.

(2) S., 31, 1, 97. — Il y a également en ce sens un jugement du tribunal de la Seine rendu sous ma présidence, le 1er février 1860. V. aussi Limoge, 12 fév. 1862, S., 62, 2, 292.

(3) Une loi du 22 juillet 1867, a supprimé la contrainte par corps en matière commerciale, civile et contre les étrangers. Néanmoins nous conservons ici les explications que nous avons données sur cette matière dans les précédentes éditions de ce livre : elles ont un intérêt historique qui peut survivre à l'intérêt pratique qu'elles avaient autrefois.

par corps en matière civile. — 2771. Contre les aubergistes. — 2772. Contre les voituriers. — 2773. Contre les agents de change et courtiers. 2774. Contre les syndics de faillite. — 2775. Contre les agréés. — 2776. Contrainte par corps en matière de commerce. Ce qu'on entend par à dette commerciale. — 2777. En matière de lettres de change et de billets ordre. — 2778. En matière de dommages-intérêts. — 2779. Pour quelle somme elle peut être prononcée. — 2780. Contrainte par corps contre les cautions. — 2781. Contre les femmes. — 2782. Contre les mineurs. — 2783. Contre les veuves et héritiers. — 2784. Contre les septuagénaires. — 2785. Contre le capitaine et les gens de l'équipage. — 2786. Contre les militaires et les fonctionnaires. — 2787. Contre les pairs de France et les sénateurs. — 2788. Contre les députés. — 2789. Contre les faillis. — 2790. De la contrainte par corps entre conjoints et parents. — 2791... Entre associés. — 2792. La contrainte par corps ne peut être appliquée que dans les cas déterminés par la loi. — 2793. De l'acquiescement aux jugements qui prononcent la contrainte par corps. — 2794. La contrainte par corps ne peut être mise à exécution qu'en vertu d'un jugement. *Quid*, d'une ordonnance de référé. — 2795. Elle peut être prononcée par les tribunaux de commerce comme par les tribunaux civils. — 2796... Par des arbitres. — 2797... Par les consuls. — 2798. Les tribunaux ne peuvent la prononcer que quand elle a été demandée. Ils doivent la prononcer à moins qu'elle ne soit facultative. — 2799. Ils peuvent y surseoir, même en matière de lettres de change. — 2800. Peut-on demander la contrainte par corps en appel, pour la première fois? — 2801. On peut toujours appeler de la disposition d'un jugement relative à la contrainte par corps. L'appel est-il suspensif? — 2802. Durée de l'emprisonnement. — 2803. Le débiteur élargi peut-il être réincarcéré? — 2804. Formes de la mise à exécution de la contrainte par corps. — 2805. Contrainte par corps contre les étrangers, et arrestation provisoire.

2769. On a vu que les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers, et que quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir : la saisie des biens est la sanction de cette règle (1). Mais, en certains cas, le droit du créancier ne s'arrête pas aux biens; il s'étend sur la personne même du débiteur, dont la liberté devient le gage de l'obligation qu'il a contractée et qu'il est en retard de satisfaire. Ce droit s'exerce par la contrainte par corps, c'est-à-dire par la saisie de la personne même du débiteur. La contrainte par corps est donc un moyen d'exécution des obligations, plus rigoureux que les autres, et qui a pour effet de mettre le

(1) C. civ., 2092 et 2093. — Voy. *sup.*, n. 2676 et suiv.

débiteur dans l'alternative de payer sa dette ou de perdre sa liberté pour un temps plus ou moins long.

Bien que dans l'antiquité la personne même des débiteurs fût souvent le gage de leurs dettes, cependant la contrainte par corps, telle que l'ont faite les mœurs et les institutions modernes, n'a rien de commun avec les rigueurs et les cruautés que les lois romaines, par exemple, autorisaient les créanciers à exercer contre leurs débiteurs. Telle qu'elle est, la contrainte par corps est sans doute destinée à se modifier et à s'adoucir encore; peut-être même à disparaître tout à fait (1). Sans entrer ici dans des détails historiques et philosophiques sur ce mode particulier et rigoureux d'exécution, j'aborde de suite le fond du sujet, que je traiterai, d'ailleurs, d'une manière fort succincte.

La contrainte par corps est soumise à des règles diverses, selon qu'elle a lieu en matière civile ou en matière de commerce. Elle est une exception en matière civile. Elle est de droit commun en matière commerciale. Cette distinction se justifie par cette considération, que l'exactitude dans l'exécution des engagements est une des conditions vitales du commerce, tandis que les contrats civils ordinaires s'accommodent plus facilement d'un régime plus dilatoire. Les affaires civiles n'intéressent guère que ceux qui y sont parties ; les affaires commerciales intéressent la société tout entière. C'est pourquoi, ainsi que le fait très-bien remarquer Montesquieu, « dans les affaires qui dérivent des contrats civils ordinaires, la loi ne doit point donner la contrainte par corps, parce qu'elle fait plus de cas de la liberté d'un citoyen que de l'aisance d'un autre ; mais, dans les conventions qui dérivent du commerce, la loi doit faire plus de cas de l'aisance publique que de la liberté d'un citoyen (2). »

2770. Voici les cas dans lesquels la contrainte par corps peut être exercée en matière civile. Elle a lieu : contre les stellionataires (3) ; — contre ceux qui ont à rendre compte

(1) C'est ce qui a eu lieu par la loi précitée du 22 juillet 1867.
(2) *Esprit des lois*, liv. XX, ch. xv.
(3) C. civ., 2059.

d'un dépôt nécessaire, ou qui ont été condamnés à délaisser un héritage (1), ou à restituer les fruits indûment perçus, ou à payer des dommages-intérêts au propriétaire (2); — pour répétition de deniers consignés entre les mains des personnes publiques établies à cet effet; pour la représentation des choses déposées aux séquestre, commissaires et autres gardiens; — contre les cautions des contraignables par corps, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte (3); — contre tous officiers publics pour la représentation de leurs minutes quand elle est ordonnée; — contre les notaires, les avoués et les huissiers, les greffiers, les commissaires-priseurs, les gardes du commerce, pour la restitution des titres à eux confiés, et des deniers reçus pour leurs clients par suite de leurs fonctions (4); — contre les fermiers, pour représentation des cheptels, des semences et instruments aratoires (5). Enfin, il est laissé à la prudence des juges de prononcer la contrainte par corps pour dommages et intérêts, en matière civile, au-dessus de la somme de 300 fr. (6); pour reliquats de comptes de tutelle, de curatelle, d'administration de corps et communautés, établissements publics, ou de toute administration confiée par justice, et pour toutes les restitutions à faire par suite desdits comptes (7).

2771. Remarquons, en passant, que l'application de quelques-uns des cas de contrainte qui viennent d'être énumérés, peut ne pas être sans intérêt dans des matières qui, sans être vraiment commerciales, touchent cependant au commerce.

Ainsi, les aubergistes, que l'article 1952 du Code civil assimile aux dépositaires nécessaires relativement aux objets ap-

(1) C. civ., 2060, 2061.

(2) *Ibid.*, 2060.

(3) Voy., *sup.*, n. 2731.

(4) C. civ., n. 2060; loi du 13 déc. 1848, art. 3.

(5) *Ibid.*, 2062.

(6) La loi du 22 juillet 1867, art. 2 et 4, maintient la contrainte par corps pour les dommages-intérêts en matière criminelle et correctionnelle, soit qu'ils aient été prononcés par la juridiction criminelle, soit qu'ils aient été prononcés par les tribunaux civils lorsque le crime, le délit, ou la contravention ont été reconnus par la juridiction criminelle.

(7) C. proc., 126.

portés chez eux par les voyageurs, sont, par suite, contraignables par corps pour la restitution de ces objets.

2772. Ainsi, les voituriers par terre et par eau, que l'article 1782 du Code civil assujettit, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, sont, dès lors, assimilés aux dépositaires nécessaires et comme eux contraignables par corps.

2773. Ainsi les agents de change et les courtiers, en supposant qu'on ne les considérât pas comme des commerçants (1), n'en seraient pas moins contraignables, comme officiers publics ou ministériels, pour la restitution des titres et des deniers qui leur auraient été confiés ou qu'ils auraient reçu en cette qualité.

2774. Ainsi encore, les syndics de faillite sont des comptables commis par justice, qui sont, dès lors, contraignables par corps à raison des répétitions que la masse peut avoir à exercer contre eux (2).

2775. Mais je ne crois pas qu'on puisse étendre aux agréés qui représentent les parties devant les tribunaux de commerce la disposition de l'article 2060 du Code civil, qui prononce la contrainte par corps pour la restitution des titres ou des deniers confiés ou reçus par suite de leurs fonctions, contre les officiers ministériels, tels que les notaires, les avoués ou les huissiers. Les agréés ne sont pas officiers ministériels, et leur ministère n'ayant rien de forcé, on ne peut les soumettre aux règles qui trouvent précisément leur cause dans l'obligation où sont les parties d'employer le ministère des agents de change, des notaires, des avoués et des huissiers.

2776. En matière commerciale, comme je l'ai déjà dit, la contrainte par corps est de droit commun. Elle doit être prononcée, sauf certaines exceptions et modifications, contre toute personne condamnée pour dette commerciale (3). On entend, par dette commerciale, celle qui prend sa source dans un acte de commerce, ou qui est due par un commerçant

(1) Mollot, *Des bourses de comm.*, n. 122. — Voy. *sup.*, t. II, n. 959.
(2) Cass., 18 janv. 1814, S., 4, 1, 512.
(3) C. civ., 2070; L. 17 avril 1832, art. 1; L. 14 déc. 1848.

à raison de son commerce, sans qu'il soit nécessaire, ainsi que cela a été jugé à tort, dans le cas où il s'agit d'une dette contractée par un commerçant envers un autre commerçant, qu'ils fassent tous les deux le même commerce (1) ; il suffit que de la part de l'obligé la convention d'où résulte la dette constitue un acte de commerce (2).

2777. Les lettres de change étant toujours réputées actes de commerce entraînent la contrainte par corps contre toutes personnes. Néanmoins, les condamnations prononcées contre des individus non négociants, pour signatures apposées, soit à des lettres de change réputées simples promesses, aux termes de l'article 112 du Code de commerce, soit à des billets à ordre, n'emportent pas la contrainte par corps, à moins que ces signatures et engagements n'aient pour cause des opérations de trafic, banque ou courtage (3).

2778. La contrainte par corps qui peut être prononcée en matière civile pour dommages-intérêts, doit l'être en matière commerciale, lorsque ces dommages-intérêts ont une cause commerciale (4). Ainsi, un associé doit être condamné par corps envers son coassocié au payement des dommages-intérêts qui résultent de ce que la dissolution de la société a été demandée à contre-temps (5).

2779. La contrainte par corps ne peut être prononcée en matière commerciale pour une somme principale moindre de 200 francs (6). En matière civile, elle ne peut l'être pour une somme moindre de 300 (7). Il y a, du reste, à cet égard, une différence remarquable entre les matières civiles et les matières commerciales : c'est qu'en matière civile, on peut,

(1) Voy. Cass., 29 janv. 1806, S., 2, 1, 210 ; D., 3, 74.

(2) *Ibid.*, 26 mai 1809, S., 9, 1, 298.

(3) L. 17 avril 1832, art. 3.

(4) Sur les cas où la contrainte par corps est facultative et ceux où elle est obligatoire. Voy. *inf.*, n. 2798.

(5) Cass., 24 brum. an XII, S., 1, 1, 886 ; D. A., 3, 679 ; et 21 mai 1862.

(6) L. 17 avril 1832, art. 1. — La contrainte par corps ne peut être prononcée à raison de créances diverses, qui, réunies, excèdent 200 fr., si chacune d'elle est inférieure alors qu'elles ont des causes diverses. Lyon, 11 nov. 1851, S., 52, 2, 655, et Paris, 1er fév. 1855, S., 55, 2, 89.

(7) C. civ., 2065 ; C. proc., art. 136.

pour former la somme de 300 francs, joindre au capital les intérêts de la dette, tandis qu'en matière commerciale, il faut que la somme entière soit en principal, de sorte qu'on ne pourrait pas y comprendre les intérêts, à moins qu'ils ne fussent capitalisés par la demande (1). La contrainte par corps peut donc être prononcée pour les intérêts et les frais de retour d'une lettre de change protestée, qui font partie de la dette principale, objet de la demande (2). Mais on ne peut, dans aucun cas, prononcer la contrainte par corps pour les dépens (3).

2780. La caution d'un contraignable par corps peut, en matière commerciale de même qu'en matière civile, se soumettre à la contrainte par corps; mais il faut que la soumission soit expresse. On peut voir, à cet égard, ce que j'ai dit en traitant du cautionnement (4).

2781. Les femmes et les filles ne sont soumises à la contrainte par corps qu'autant qu'elles sont légalement réputées marchandes publiques (5), à moins qu'il ne s'agisse de stellionat (6). Du reste, la femme marchande publique n'oblige pas son mari par corps pour le fait de son commerce. J'ai expliqué ces différents points en traitant des droits des femmes (7).

Dans aucun cas, au surplus, la contrainte par corps ne peut être exercée contre le mari et la femme simultanément et pour la même dette (8).

2782. De même le mineur n'est contraignable par corps que lorsqu'il est autorisé à faire le commerce, et pour les faits rélatifs à ce commerce (9).

Il y a plus : le mineur devenu majeur ne devient pas contrai-

(1) Coin Delisle, *Contr. par corps*, p. 87; Favard, v° *Jugement*, sect. I, § 2, n. 9.

(2) Cass., 5 nov. 1835, S., 36, 1, 103; D., 36, 1, 320. — Voy. en sens contraire, Angers, 24 avril 1850, S., 50, 2, 461, et Nancy, 25 mars 185, S., 55, 2, 297.

(3) Cass., 30 déc. 1828, S., 9, 1, 203; D., 29, 1, 84.

(4) Voy. *sup.*, n. 2751.

(5) L. 17 avril 1832, art. 2.

(6) C. civ., 2066.

(7) Voy. *sup.*, t. II, n. 1128 et 1130.

(8) C. civ., 2061. — Voy. *sup.*, t. II, n. 1051.

(9) L. 17 avril 1832, art. 21. V. l'art. 13 de la loi du 22 juillet 1867.

gnable par corps pour l'exécution des engagements qu'il a valablement contractés en minorité. Le mineur a un droit acquis à ne pouvoir être contraint par corps à sa majorité à raison des obligations contractées dans un temps où ses engagements ne comportaient pas ce mode particulier de garantie (1).

A plus forte raison si l'obligation emportant la contrainte par corps souscrite par le mineur était nulle, et ne pouvait être exécutée contre lui après qu'il est devenu majeur qu'autant qu'il l'aurait ratifiée, cette ratification ne le soumettrait pas à la contrainte par corps, parce qu'alors il serait obligé non en vertu de l'obligation primitive qui emporterait cette voie d'exécution, mais en vertu de la ratification qui ne la comporte pas (2).

2783. Les veuves et héritiers des justiciables des tribunaux de commerce, assignés en reprise d'instance ou par action nouvelle, en raison de leur qualité, ne sont pas contraignables par corps (3).

2784. La contrainte par corps ne peut non plus être prononcée contre les débiteurs qui ont commencé leur soixante-dixième année, et elle cesse de plein droit le jour où le débiteur incarcéré a commencé sa soixante-dixième année (4). Il en est de même en matière civile, sauf le cas de stellionat (5).

2785. Aux termes de l'article 231 du Code de commerce, le capitaine et les gens de l'équipage qui sont à bord ou qui, sur les chaloupes, se rendant à bord pour faire voile, ne peuvent être arrêtés pour dettes civiles, si ce n'est à raison de celles qu'ils auraient contractées pour le voyage, et même, dans ce dernier cas, ils ne peuvent être arrêtés s'ils donnent caution. Mais, prenons garde que, dans cet article, les mots *dettes civiles* sont employés dans un sens générique, et par opposition aux dettes résultant d'une condamnation criminelle ou correc-

(1) Bordeaux, 3 août 1847, S., 48, 2, 63; M. Troplong, *Contr. par corps*, n. 275. — Voy. cependant Duranton, t. VIII, n. 475.

(2) Cass., 8 nov. 1859, S., 60, 1, 164.

(3) L. 17 avril 1832, art. 2. — Voy. *sup.*, t. II, n. 1362.

(4) *Ibid.*, art. 6 et 18. V. l'art. 14 de la loi du 23 juillet 1867.

(5) C. civ., 2066.

tionnelle. Ils comprennent donc les dettes commerciales qui, en ce sens, sont des dettes civiles ; et ne permettent la contrainte par corps, dans les cas prévus par l'article 231 précité, que s'il s'agissait d'une amende ou des frais d'une procédure criminelle ou correctionnelle (1).

2786. Les militaires en activité de service ne peuvent être contraints par corps, même pour dettes antérieures au service (2). Mais ceux qui ne sont pas en activité de service sont soumis à la contrainte par corps comme tous les autres citoyens, et il en est de même des fonctionnaires publics (3).

2787. Sous le régime impérial, aucune contrainte par corps ne pouvait être exercée contre un député au Corps législatif, durant la session ou dans les six semaines qui l'avaient précédée ou suivie (4). Aucune autorisation ne pouvait lever cette prohibition qui, n'étant que temporaire, permettait au créancier d'exercer ses droits en temps utile.

2788. Sous l'empire des chartes de 1814 et de 1830, aucun pair de France ne pouvait être arrêté pour dettes que de l'autorité de la Chambre (5). Pour que cette autorisation fût accordée, il n'était pas nécessaire qu'il y eût dol ou fraude imputable au pair de France signataire d'un engagement commercial : c'est ce qui résulte de deux délibérations de la Chambre des pairs, des 19 janvier et 24 septembre 1831, contraires à une précédente délibération du 25 avril 1822. Depuis, aucune disposition particulière des lois postérieures n'a prononcé la même immunité pour les sénateurs ; mais les mêmes raisons politiques devaient les affranchir de la contrainte par corps, tout au moins dans la même limite que les députés.

2789. Les commerçants faillis cessent d'être contraignables par corps (6). Ce n'est pas là une faveur proprement dite. C'est une conséquence du principe qui remplace l'action indivi-

(1) Dageville, t. II, p. 200 ; Delvincourt, t. II, p. 206 ; Favard, *Répert.*, v° *Capitaine*, § 2, n. 6.

(2) Pigeau, t. II, p. 307 ; Carré, n. 2622.

(3) Pardessus, n. 1509.

(4) Déc., 2 fév. 1052, art. 10.

(5) Charte, art. 29.

(6) C. com., 455.

duelle des créanciers par l'action générale de la masse ; cela est si vrai, que le failli, qui ne peut plus être arrêté à la requête de ses créanciers, peut l'être en vertu du jugement déclaratif, quand cette mesure a été ordonnée contre lui (1).

2790. Enfin, dans aucun cas, la contrainte par corps ne peut être prononcée contre le débiteur, au profit de son mari, ni de sa femme, de ses ascendants, descendants, frères, sœurs ou alliés au même degré (2); non plus que contre l'oncle, la tante, le grand-oncle ou la grand'tante, le neveu, la nièce, le petit-neveu ou la petite-nièce (3). Mais cette règle ne s'oppose pas à ce que le tiers porteur d'un billet à ordre souscrit originairement par un parent ou allié, au profit d'un parent ou allié qui ne pourrait exercer personnellement la contrainte par corps, puisse l'exercer contre le souscripteur (4).

La contrainte par corps ne peut être prononcée contre un allié au degré déterminé par l'art. 19 de la loi du 17 avril 1832, bien qu'au moment de la condamnation l'époux qui produisait l'alliance fût décédé, ce décès n'ayant point pour effet de faire cesser l'alliance (5).

2791. Il résulte d'ailleurs du rapport de M. Parant à la Chambre des députés, sur la loi du 17 avril 1832, que la contrainte par corps a lieu entre associés, malgré l'union et la fraternité conventionnelle qui doit exister entre eux. La jurisprudence antérieure s'était quelquefois prononcée en sens contraire.

2792. C'est au surplus, une règle d'ordre public, que la contrainte par corps ne peut être exercée que dans les cas où elle est formellement autorisée par la loi. En conséquence, l'article 2063 du Code civil défend, hors les cas déterminés par la loi, à tous juges de prononcer la contrainte par

(1) Voy. *sup.*, t II, n. 1203 et suiv.

(2) L. 17 avril 1832, art. 19. V. la loi du 22 juillet 1867, art. 15.

(3) L. 13 déc. 1818, art. 10. V. la loi du 22 juillet 1867, art. 15.

(4) Bourges, 8 mai 1832, S., 37, 2, 598. — Voy. cependant Limoges, 16 juin 1854, S., 54, 759.

(5) Agen, 31 mai 1860, S., 60, 2, 446; Coin-Delisle, *Contr. par corps*, p. 103; M. Troplong, n. 539. — Voy., en sens contraire, Paris, 12 fév. 1853, S., 53, 2, 143.

corps, à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, et à tous Français de consentir de pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étrangers (1), le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts.

2793. Il suit de là que tout acquiescement à un jugement qui prononce illégalement la contrainte par corps, est nul, et ne saurait empêcher la partie condamnée de l'attaquer, soit par appel, soit autrement. Ce point autrefois admis par la jurisprudence (2) est aujourd'hui consacré par l'art. 7 de la loi du 13 décembre 1848, qui autorise le débiteur contre lequel la contrainte par corps a été prononcée à interjeter appel du jugement dans les trois jours qui suivent l'emprisonnement ou la recommandation, lors même qu'il y aurait acquiescé ou que les délais de l'appel seraient expirés. Et il a été jugé avec raison, que cette disposition s'applique dans sa généralité non-seulement au débiteur actuellement incarcéré, mais aussi au débiteur non encore incarcéré (3); et non-seulement au cas où les délais ordinaires de l'appel sont expirés sans que le débiteur ait interjeté appel, mais aussi au cas où il a laissé périmer un appel interjeté en temps utile (4).

2794. La contrainte par corps, dans les cas même où elle est autorisée par la loi ou par la convention, ne peut être mise à exécution qu'après avoir été prononcée par un jugement (5). Il suit de là qu'une ordonnance de référé, qui n'est pas un jugement, ne peut valablement prononcer la contrainte par corps (6).

2795. Elle peut, du reste, être prononcée par tous les tribunaux saisis de l'affaire à l'occasion de laquelle cette voie d'exé-

(1) Sur les conventions faites en pays étrangers, Voy. *sup.*, t. I, n. 634.

(2) Voy. notamment Paris, 28 mai 1839, S., 39, 2, 502.

(3) Bordeaux, 13 nov. 1849, S., 52, 2, 231 ; Agen, 7 janv. 1856, S., 56, 2, 103 ; M. Troplong, *Contr. par corps*, n. 767. — Voy. cependant en sens contraire, Toulouse, 16 fév. 1850, S., 52, 2, 231.

(4) Cass., 20 nov. 1852, S., 52, 2, 797 ; Grenoble, 6 juill. 1855, S., 56, 2, 103.

(5) C. civ., 2067.

(6) Montpellier, 19 juin 1807, S., 2, 2, 268.

cution est autorisée par la loi ; par les tribunaux de commerce comme par les tribunaux civils.

2796. Les arbitres peuvent aussi prononcer la contrainte par corps, puisque leur sentence est un véritable jugement (1). Il en est de même des arbitres amiables compositeurs, parce que la liberté qui leur est laissée par les parties de substituer l'équité à la rigueur de la loi, ne change pas leur caractère. Et, dit avec raison M. Troplong, de quoi la partie se plaindrait-elle? Elle y gagnerait une chance favorable, savoir : que les arbitres pourraient ne pas édicter la contrainte par corps, alors même qu'elle serait édictée par la loi (2).

2797. Quand les consuls français, en pays étranger, exercent sur leurs nationaux une juridiction civile ou commerciale, ils peuvent prononcer la contrainte par corps, dans tous les cas où les tribunaux français le pourraient eux-mêmes (3).

2798. Les tribunaux civils ou de commerce ne peuvent prononcer la contrainte par corps que si elle a été demandée (4). Mais, quand elle est demandée, ils doivent toujours la prononcer, à moins qu'elle ne soit facultative. Les cas dans lesquels la contrainte par corps est facultative, sont ceux qui sont déterminés par l'article 126 du Code de procédure (5). En matière commerciale elle n'est jamais facultative.

2799. Aux termes de l'article 5 de la loi du 13 décembre 1848, pour toute condamnation en principal au-dessous de 500 francs, même en matière de lettre de change ou de billet à ordre, le jugement peut suspendre l'exercice de la contrainte par corps pendant trois mois au plus à compter de l'échéance de la dette. Il suit de cette disposition restrictive combinée avec l'article 157 du Code de commerce, que, pour les effets de commerce au-dessus de 500 francs, l'exercice de la con-

(1) Cass., 1er juill. 1823, S., 7, 1, 280 ; D., 1, 711.

(2) *Cont. par corps*, n. 323.

(3) Édit. de juin 1778, art. 36.

(4) Carré, *Procéd. civile*, n. 540 ; Coin-Delisle, p. 42, n. 7 ; Duranton, t. XVIII, n. 437 ; Paris, 19 nov. 1856, S., 57, 2, 21.

(5) Voy. *sup.*, n. 2770.

trainte par corps ne peut jamais être suspendu. Il en résulte même que, en tout autre matière, la contrainte par corps ne peut être suspendue par le jugement qui la prononce, quand il s'agit d'une condamnation au-dessus de 500 fr., que si la contrainte par corps est facultative, ou si, étant impérative, les juges sont formellement autorisés par la loi à la suspendre, comme dans le cas de l'article 11 de la loi du 13 décembre 1848, qui permet, dans l'intérêt des enfants mineurs du débiteur, de suspendre, pendant une année au plus, l'exécution de la contrainte par corps (1).

2800. La partie qui n'a pas demandé la contrainte par corps en première instance ne peut la demander en appel : c'est là une demande nouvelle dans le sens de l'article 464 du Code de procédure civile (2).

2801. Dans les affaires où les tribunaux statuent en dernier ressort, la disposition de leur jugement relative à la contrainte par corps est toujours sujette à l'appel, mais cet appel n'est pas suspensif (3) ; c'est-à-dire que la contrainte par corps peut être exercée nonobstant l'appel, si le jugement a été rendu dans un des cas où le Code de procédure autorise les juges à ordonner l'exécution provisoire (4).

2802. L'emprisonnement pour dette commerciale cesse de plein droit après trois mois, lorsque le montant de la condamnation principale ne s'élève pas à 500 francs : — après six mois lorsqu'il ne s'élève pas à 1000 francs ; — après neuf mois lorsqu'il ne s'élève pas à 1500 ; — après un an lorsqu'il ne s'élève pas à 2000. L'augmentation se fait ainsi successivement de trois mois en trois mois pour chaque somme en sus qui ne dépasse pas 500 francs, sans pouvoir excéder trois années pour la somme de 6000 fr. et au-dessus (5).

En matière civile, la durée de la contrainte par corps doit

(1) M. Troplong, n. 761.
(2) Coin Delisle, n. 42 ; Paris, 19 nov. 1856, S., 57, 2, 21.
(3) L. 17 avril 1832, art. 20 ; et 13 déc. 1848, art. 7.
(4) C. proc., art. 135.
(5) L. 13 déc. 1848, art. 4.

être fixée par le jugement même de condamnation, dans la limite de six mois à un an (1).

Dans tous les cas, l'emprisonnement cesse de plein droit, comme nous l'avons déjà vu (2), quand le débiteur a atteint sa soixante-dixième année.

2803. Le débiteur qui a obtenu son élargissement de plein droit, après l'expiration des délais fixés ci-dessus, ne peut plus être détenu ou arrêté pour dettes contractées antérieurement à son arrestation, et échues au moment de son élargissement, à moins que ces dettes n'entraînent, par leur nature et leur quotité, une contrainte plus longue que celle qu'il a subie, et qui, dans ce dernier cas, doit toujours être comptée pour la durée de la nouvelle incarcération (3).

2804. Les formes de mise à exécution de la contrainte par corps tiennent à la procédure, et nous n'avons pas dès lors à nous en occuper ici (4).

2805. Il y a des règles particulières à la contrainte par corps contre les étrangers, et à leur arrestation provisoire; règles dont il a déjà été fait mention dans cet ouvrage (5).

TITRE VI

DU NANTISSEMENT.

SOMMAIRE. — 2806. Du nantissement; du gage; de l'antichrèse. Division du titre VI.

2806. L'article 2071 du Code civil définit le nantissement, un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dette. L'article 2072 ajoute

(1) L. 13 déc. 1848, art. 12.
(2) Voy. *sup.*, n. 2784.
(3) L. du 17 avril 1832, art. 27.
(4) C. proc., art. 780 et suiv.; L. du 17 avril 1832, art. 22 et suiv.
(5) Voy. *sup.*, t. II, n. 848 et suiv.

que le nantissement d'une chose mobilière s'appelle *gage*, et que le nantissement d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse*.

Nous avons peu de chose à dire de l'antichrèse, dont l'objet immobilier et les conditions qui l'environnent éloignent le commerce. Le gage, au contraire, beaucoup plus usité dans la vie commerciale que dans la vie civile, provoquera d'assez nombreuses explications. C'est une matière fort compliquée, et aux difficultés de laquelle ajoute encore le concours des dispositions du Code civil et du Code de commerce, dont la conciliation soulève les questions les plus délicates et en même temps les plus pratiques.

CHAPITRE PREMIER

DU GAGE.

SECTION I. — *Nature du gage. — Capacité des contractants. — Quelles choses peuvent être données en gage.*

SOMMAIRE. — 2807. Du gage et de son objet; ses effets généraux tant contre les tiers que contre le débiteur. — 2808. Conditions essentielles du gage, relativement au débiteur et relativement aux tiers. — 2809. Du gage conventionnel et du gage tacite. Exemple. Privilége du commissionnaire, du voiturier, de l'aubergiste, de l'ouvrier. — 2810. Capacité nécessaire pour donner une chose en gage. Mineur. Femme. Failli. — 2811. Capacité nécessaire pour recevoir une chose en gage. — 2812. Quelles choses peuvent être données en gage? — 2813. Du gage de la chose d'autrui. — 2813 *bis*... par un commissionnaire. — 2814. Du gage d'une chose perdue ou volée. — 2814 *bis*... détournée par abus de confiance. — 2815. Du gage d'une chose déjà donnée en gage. — 2816. De la cession du privilége ou du transfert du gage à un sous-gagiste ou à un sous-consignataire en matière de commission. — 2817. Transition à la section suivante.

2807. De règle générale, les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (1). Pour qu'il en soit ainsi, il n'est besoin d'aucune convention particulière ou accessoire. Mais les créanciers qui ne peuvent se prévaloir

(1) C. civ., 2093.

que de la règle générale, ont tous un droit égal, et ne peuvent prétendre à aucune différence et à aucun privilége. Au contraire, une convention particulière, expresse ou tacite, peut faire à un créancier une condition meilleure que celle des autres, et lui conférer le droit de se faire payer sur quelques-uns des biens du débiteur, et spécialement sur un ou plusieurs de ses meubles, par privilége et préférence aux autres créanciers (1). Tel est le but du contrat de gage, qui ne transporte point au créancier gagiste la propriété de la chose qui en fait l'objet, mais qui lui donne seulement le droit d'en appliquer le prix à l'extinction de sa créance (2), suivant certaines formes, ainsi que nous le verrons plus tard (3), ou de retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été payé (4).

Le gage ou nantissement produit donc un double effet : l'un relatif au débiteur, qui ne peut reprendre la chose qu'il a donnée en gage avant d'avoir désintéressé le créancier; l'autre, relatif aux tiers, qui ne peuvent exercer leurs droits sur la chose donnée en gage que lorsque le gagiste a été payé ou a prélevé sur le prix de cette chose le montant de ce qui lui est dû.

2808. De là il résulte d'abord que le gage n'est valablement constitué, soit relativement au débiteur, soit relativement aux tiers, que lorsque le gagiste est nanti, c'est-à-dire lorsque la chose lui a été livrée et qu'il en a pris possession. La tradition et la possession sont de l'essence du gage mobilier, parce que les meubles, n'ayant pas de suite par hypothèque ou autrement, la possession peut seule fonder un droit opposable aux tiers. C'est ce que fait clairement entendre l'article 2071 du Code civil, en disant que le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette (5).

De là il résulte ensuite que les conditions qui suffisent pour

(1) C. civ., 2073.
(2) *Ibid.*, 2078, 2079.
(3) Voy. *inf.*, n. 2904 et suiv.
(4) C. civ., 2082.
(5) C. civ., 2076.

la constitution et la preuve du gage, relativement au débiteur et entre les parties contractantes, peuvent ne pas suffire pour sa constitution et pour sa preuve à l'égard des tiers, et spécialement que la possession du gagiste ne peut leur être opposée que lorsqu'il est établi qu'il possède à titre de gagiste et non à titre purement précaire. C'est pourquoi les articles 2074 et suivants du Code civil, et 91 et suivant du Code de commerce ont déterminé, comme condition de l'existence du privilége du gagiste, ou ce qui revient au même, de ses droits opposables aux tiers, des formalités de rigueur sans l'accomplissement desquelles le contrat de gage n'a aucune existence à leur égard (1).

2809. Le contrat de gage ne peut donc régulièrement se former que par une convention expresse. Cependant il y a certains cas où, exceptionnellement, il se forme par une convention tacite, par exemple, quand les droits du créancier gagiste résultent de la force des choses ou de la volonté de la loi.

Ainsi, c'est un contrat de gage tacite qui confère au commissionnaire un privilége pour ses avances, sur les marchandises qui lui sont expédiées d'une autre place (2). C'est un contrat de gage tacite qui affecte la chose voiturée au prix du transport dû au voiturier (3), et la chose transportée dans une auberge, au payement des fournitures faites par l'aubergiste (4). C'est encore par suite d'un contrat de gage tacite que l'ouvrier, qui a confectionné ou amélioré une chose, a le droit de la retenir jusqu'à ce qu'il soit payé de sa main-d'œuvre (5).

2810. Bien que le gage ne soit pas précisément l'aliénation actuelle de la propriété de la chose, cependant il y conduit. Il suit de là que, pour pouvoir donner une chose en gage, il faut pouvoir l'aliéner : le mineur autorisé à faire le commerce, la femme marchande publique peuvent donc constituer en

(1) Pothier, *Du nantissement*, n. 17. — Voy. *inf.*, n. 2818 et suiv.

(2) C comm., 93. — Voy. *inf.*, n. 2828 et suiv.

(3) *Ibid.*, 106. — *Merces tacitè pro vecturâ impignoratæ sunt.* Cujas, sur la loi *Licet, Cod. qui potior.*

(4) C. civ., 2102, n. 5.

(5) Voy. *inf.*, n. 2843

gage, pour ce qui se rapporte à leur commerce, toutes les choses qu'ils sont capables d'aliéner (1).

Quant au failli, à partir de sa cessation de payements, il est incapable de constituer un gage pour une dette antérieure échue ou non échue : l'article 446 de Code de commerce ne laisse aucun doute à cet égard. Mais si, au contraire, le gage, constitué depuis la cessation de payements et avant le jugement déclaratif, a pour objet une dette contractée depuis la cessation de payements, sous la condition qu'elle serait garantie par un nantissement, le contrat est valable ; c'est ce qui résulte de l'article 447 du Code du commerce qui, par cela même qu'il ne dépouille pas le failli de l'administration de ses biens, lui permet de contracter sans fraude et de bonne foi, afin de rétablir ses affaires et de prévenir sa faillite, dans le temps intermédiaire à la cessation de payements et au jugement déclaratif (2). Il peut s'élever, à cet égard, des questions accessoires sur le point de savoir à quelle époque le gage doit être réputé constitué : nous les examinerons bientôt, en nous occupant des conditions de la constitution du nantissement (3).

2811. Il faut également être capable de contracter pour pouvoir recevoir une chose en gage. Si le gage est constitué dans l'intérêt principal du créancier, il lui impose en même temps des obligations plus ou moins onéreuses que les personnes capables peuvent seules assumer (4).

2812. Les choses données en gage étant éventuellement destinées à être vendues, il en résulte qu'on ne peut donner en gage que les choses qui peuvent être vendues, ou, en d'autres termes, qui sont dans le commerce (5).

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 965 et suiv., n. 1118 et suiv. — Le liquidateur d'une société de commerce a capacité, à moins de restriction spéciale à ses pouvoirs, pour donner en nantissement des marchandises appartenant à la société. Cass., 5 mars 1850, S., 50, 2, 261.

(2) Voy. *sup.*, t. II, n. 1218. — Voy. aussi M. Renouard, *Des faillites*, t. I, p. 363 ; Cass., 4 janv. 1847, S., 47, 1, 162 ; Nîmes, 22 juin 1847, S., 48, 2, 37, et Cass., 19 juin 1848, S., 48, 1, 465.

(3) Voy. *inf.*, n. 2887 et 2891.

(4) M. Troplong, *Du nantissement*, n. 87.

(5) *Eam rem quam quis emere non potest quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest.* L. 1, § 2, ff. *Quæ res pign.*

C'est en ce sens qu'il a été jugé avec raison qu'un brevet d'imprimeur, ou la permission de police nécessaire pour l'exercice de certains commerces constitués à l'état de monopoles, comme celui de la boulangerie, ne peuvent faire l'objet d'un contrat de nantissement (1).

Mais, par contre, toutes les choses qui sont dans le commerce peuvent être données en gage (2) ; même celles qui sont insaisissables, pourvu qu'elles ne soient pas incessibles. C'est ainsi que les rentes sur l'État, qui sont insaisissables, peuvent être données en gage, parce que la vente qui en serait ensuite ordonnée, ayant lieu en vertu du consentement que le débiteur y a donné d'avance, ne peut être considérée comme une vente forcée (3). Tous les objets mobiliers, et spécialement les marchandises, peuvent être donnés en nantissement d'une obligation civile ou commerciale. On peut même donner en gage les meubles incorporels, tels que des titres de créances (4), ou un brevet d'invention (5).

2813. Du reste, quelle que soit la chose, pour pouvoir la donner en gage, il faut avoir le droit d'en disposer. Il n'y a aucune difficulté sur ce point, lorsque le créancier gagiste sait que la chose qui lui est remise en gage n'est pas la propriété de son débiteur, à qui le véritable propriétaire n'a pas donné le droit d'en disposer. La chose n'est nullement affectée par le gage auquel elle a servi, et celui qui l'a donnée en gage peut en demander la restitution, de même que le véritable propriétaire peut la revendiquer.

Mais si le créancier gagiste est de bonne foi, il en est tout autrement.

(1) Voy. Paris, 2 janv. 1843, S., 43, 2, 269 ; et 26 juill. 1851, S., 51, 2, 619.

(2) *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem potest recipere.* L. 9, § 1, ff. *De pign. et hyp.*

(3) Paris, 13 janv. 1854, S., 54, 2, 209. V. aussi Cass., 8 mars 1859, S., 60, 1, 418.

(4) Voy., *inf.*, n. 2889.

(5) Paris, 29 août 1865, S., 66, 2, 24 ; M. Renouard, *Des brevets d'invention*, n. 243. Il a même été jugé qu'on pouvait donner en nantissement le droit au bail des lieux où s'exploite un fonds de commerce. Paris, 11 avril et 31 mai 1866, S., 66, 2, 315.

D'une part, le débiteur, qui a donné en gage une chose qui ne lui appartenait pas, ne peut argumenter ni de sa propre faute, s'il est de bonne foi, ni de son propre dol, s'il est de mauvaise foi, pour contraindre le créancier à lui restituer la chose; le créancier est fondé à la retenir jusqu'à ce qu'il ait été payé (1).

Et, d'autre part, la règle qu'en fait de meubles la possession vaut titre (2) autorise le gagiste à croire que son débiteur est propriétaire de la chose qu'il lui a donnée en gage, et cette croyance, fondée sur une présomption légale, est opposable au véritable propriétaire qui exercerait contre le créancier gagiste l'action en revendication sans offrir au préalable de le désintéresser (3).

Cette dernière solution, contestée en Droit civil pur, avant que la règle qui décide qu'en fait de meubles la possession vaut titre fût devenue une présomption légale, n'a jamais été contestée en Droit commercial. Dans le commerce, le possesseur d'une marchandise est toujours présumé avoir le droit d'en disposer, soit comme propriétaire, soit comme mandataire : voiturier, commissionnaire, capitaine, il peut, dit Casaregis, la vendre ou l'aliéner à quelque titre que ce soit, sans que l'acquéreur soit exposé à l'action en revendication du véritable propriétaire, parce qu'il ne serait pas possible, sans troubler la sécurité et la liberté du commerce, de vérifier ou de contrôler le titre ou les droits du possesseur; à plus forte raison le gagiste ne peut-il être exposé à l'action en revendication, puisque le gage n'est pas une aliénation absolue et définitive : *Et similiter ob eam rationem non turbandæ libertatis commercii, in dubitabilioribus terminis, nempè mercatoris, vel magistri navis, vel vectoris malâ fide alienantis, vel distrahentis, vel disponentis de rebus aut mercibus sui respectivè corresponsoris principalis, contrà illius mentem seu ordines, quòd alter mercator illarum emptor seu acquisitor ex aliquo titulo oneroso non teneatur vero domino illas restituere, nisi sibi præsoluto tali pretio,*

(1) M. Troplong, n. 61 et suiv.
(2) C. civ., 2279.
(3) M. Troplong, n. 72 et suiv.

firmat Card. de Luca, *de Regal.*, *disc.* 15, n. 5 et 6... *Quamobrem si in istis dubitabilioribus terminis hujusmodi propositio procedit in casu nostro ubi serica non totaliter fuerunt distracta, sed tantum pignorata : majoris* (1) *enim mali, vel præjudicii est rem totaliter in alium transferre, quam solo pignori dare* (2).

Et remarquons bien que la seule chose à laquelle il faille s'attacher ici est la bonne foi du gagiste. La mauvaise foi du débiteur n'a aucune influence sur la solidité du gage. Le débiteur a pu commettre un abus de confiance en disposant, sans les ordres ou contrairement aux ordres du véritable propriétaire, de la chose dont il avait la possession; mais le créancier n'a rien à se reprocher si, au jour où la chose a été affectée à sa créance, il n'avait aucun doute sur les droits de son débiteur. Casaregis est encore fort clair sur se point : *In istis impropriis furtis vel rebus dolosè ac fraudulenter extortis, favore libertatis publici commercii, præmittere pro indubitabili regulâ oportet, talium rerum aut mercium dominum rei vindicationis actione illarum restitutionem minimè prætendere posse, nisi priùs per eum persolvatur pretium vel pecunia mutuata, vel quidquid aliud datum vel creditum restituatur illi cui respectivè venditæ vel hypothecatæ, vel in solutum datæ vel permutatæ merces fuerunt dummodò hic de tempore venditionis vel in solutum dationis, vel hypothecæ aut hujus modi, nullam habuerit scientiam, rem aut mercem in eum perventam ad alios proprietatis ac dominii titulo spectare* (3).

M. Troplong cite et combat, comme étant contraire à ces principes protecteurs de la sécurité des transactions civiles aussi bien que des transactions commerciales, un arrêt de la Cour de cassation de Belgique, du 4 juin 1833 (4). Mais cet arrêt ne juge pas, en thèse, que le nantissement ne peut être valablement constitué avec des choses qui n'appartiennent pas au débiteur qui les fournit ; il juge seulement que, dans l'espèce qui lui était soumise, un commissionnaire à qui des

(1) Le texte de Casaregis porte *minoris;* mais c'est évidemment une faute d'impression : avec *minoris,* la phrase est un non-sens.

(2) *Disc.* 187, n. 19 et 20.

(3) *Disc.* 124, n. 2.

(4) S., 34, 2, 679. — Voy. M. Troplong, n. 78.

marchandises étaient expédiées pour les vendre n'avait pu les donner en gage à un tiers par la simple remise du connaissement qu'il avait reçu, alors que ce connaissement n'était ni au porteur ni à ordre. Or, c'est là une toute autre question, sur laquelle je reviendrai bientôt (1).

2813 *bis*. Ces principes ont au contraire été consacrés par un arrêt rendu à mon rapport, le 20 juillet 1871 (2), qui, en cassant un arrêt de la Cour de la Martinique, juge que le commissionnaire autorisé par son commettant à agir en son propre nom, est par cela même investi du droit de disposer des choses dont ce commettant lui a donné la possession, et par suite de les mettre en gage, sans que les tiers auxquels ces choses sont données en gage aient à rechercher s'il en dispose conformément aux instructions du commettant qui, en s'effaçant pour ne laisser apparaître que le commissionnaire, a renoncé à toute action contre les tiers de même que les tiers n'ont aucune action contre lui. Le commettant pourrait sans doute agir contre les tiers de mauvaise foi qui auraient su en contractant avec le commissionnaire que celui-ci excédait ses pouvoirs pour disposer de la chose du commettant dans son intérêt personnel. Mais les tiers ne pourraient pas être considérés comme de mauvaise foi, soit parce qu'ils auraient su que les marchandises dont le commissionnaire disposait pour les donner en gage étaient la propriété d'autrui, car par cela seul qu'on traite avec un commissionnaire en cette qualité, on sait qu'il dispose de la propriété d'autrui ; soit parce que le gage aurait été constitué par un commissionnaire qui agissait notoirement et journellement comme commissionnaire à la vente, car le pouvoir de vendre n'est pas nécessairement exclusif du pouvoir de donner en gage.

2814. Mais le gage est-il encore valablement constitué sur une chose qui n'appartient pas au débiteur, quand il s'agit d'une chose qui a été perdue ou volée ?

L'article 2279 du Code civil, qui pose le principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre, ajoute que, néan-

(1) Voy. *inf.*, n. 2882.
(2) S., 71, 1, 41.

moins celui auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. Il suit de là incontestablement que, dans le gage civil, s'il s'agit d'une chose perdue ou volée, la bonne foi du gagiste ne peut être opposée au véritable propriétaire qui peut toujours revendiquer sa chose.

Mais il en est autrement s'il s'agit d'un gage commercial. C'est ce qui résulte de l'article 2280 du Code qui porte que, si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. La loi a voulu protéger ici la bonne foi évidente et l'erreur légitime du possesseur, qui, dans l'intérêt de la sécurité des transactions commerciales, doivent passer avant les droits du véritable propriétaire. Or il n'y a aucune raison pour établir à cet égard une différence entre celui qui possède la chose à titre de propriétaire et pour l'avoir achetée, et celui qui la possède à titre de gage, quand le gage a été constitué commercialement et dans les circonstances prévues par l'article 2280. Les deux positions sont identiques, et il y aurait autant d'inconvénients à autoriser le véritable propriétaire à revendiquer entre les mains d'un gagiste de bonne foi, la chose qu'il a perdue ou qui lui a été volée, qu'il y en aurait à l'autoriser à la revendiquer entre les mains d'un acheteur.

2814 *bis*. Il est à remarquer du reste que la revendication autorisée en cas de vol par l'article 2279 du Code civil n'est pas ouverte au cas de simple abus de confiance, le véritable propriétaire ayant à se reprocher d'avoir choisi un mandataire infidèle (1). Le gage dans ce cas est donc valablement constitué, ainsi que nous l'avons vu tout à l'heure, par celui qui a disposé de la chose contrairement aux instructions de celui

(1) Cass., 22 juin 1858, S., 58, 1, 591, et 23 déc. 1863, S., 65, 1, 187.

qui la lui avait confiée et qui se l'est attribuée en la détournant de la distinction.

2815. C'est ici le lieu de faire remarquer que celui qui a reçu une chose en gage peut à son tour la donner en gage ou la sous-gager. Mais les conséquences de ce second gage dépendent du point de savoir si le sous-gagiste a su que celui qui lui a remis la chose n'en était détenteur qu'à titre de gage ou s'il l'a ignoré.

S'il l'a ignoré, il échappe à l'action en revendication du véritable propriétaire, par application de la règle qu'en fait de meubles la possession vaut titre : ici s'appliquent les solutions ci-dessus données pour les cas analogues (1).

S'il savait, au contraire, que celui qui lui a donné la chose en gage ne la détenait lui-même qu'à titre de gage, son droit de sous-gagiste serait subordonné au droit du gagiste primitif et cesserait quand le droit du gagiste viendrait à cesser (2).

2816. Il peut se présenter une autre combinaison, qui se rencontre surtout dans le gage virtuel résultant des avances faites par un bailleur de fonds, à qui des marchandises sont expédiées en consignation, dans les termes de l'article 95 du Code de commerce. Celui à qui des marchandises sont expédiées d'une place sur une autre pour garantie d'avances promises peut, en consignant les marchandises à un tiers, soit par un dépôt réel, soit en lui négociant le connaissement à ordre (3), transporter le privilége à un sous-consignataire qui se charge de faire les avances, et qui, relativement au propriétaire de la marchandise, de même que relativement au tiers, se trouve exactement dans la même position qu'aurait eue le consignataire primitif, si c'eût été lui qui eût fait les avances (4).

2817. En résumé, capacité des parties, disponibilité de la

(1) Voy. *sup.*, n. 2813 et suiv.

(2) L. 40, § 2, ff. *De pign. act.*

(3) Voy. *inf.*, n. 2875.

(4) Cass., 16 déc. 1846, S., 47, 1, 412 ; D., 47, 1, 126. MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n. 414 ; M. Troplong, *Du nantissement*, n. 251 et suiv.

chose, telles sont les conditions premières de la validité du gage.

Passons à l'examen des formalités nécessaires à la constitution du gage et à l'établissement du privilége.

SECTION II. — *Formes et constitution du gage.*

ces faites avant l'expédition... En contemplation d'une expédition annoncée. — 2862... Purement et simplement sans l'annonce d'une expédition. Distinction. — 2863. Des avances successives faites en compte courant. — 2864. Des avances pour envois successifs. — 2865. Le privilége des avances faites sur des marchandises peut-il être transporté sur d'autres marchandises qui leur sont substituées? — 2866. Suite des formalités exigées pour la constitution du gage. Déclaration de l'espèce et de la nature des choses remises en gage. Exemples. — 2867... Dans le cas de l'article 93 du Code de commerce. — 2868. Du privilége de l'ouvrier, droit de rétention. — 2868 *bis*. Du privilége de l'aubergiste. — 2868 *ter*. Du privilége du voiturier. — 2869. De la mise en possession du gagiste. Elle est de l'essence du gage tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard des tiers. — 2870. Comment a lieu cette mise en possession. Tradition réelle ou feinte, tant en Droit civil qu'en Droit commercial. — 2871. Ce qu'on entend par magasins du commissionnaire. — 2872. Tradition de marchandises déposées en mains tierces. Transfert en douanes. Remise de la facture. — 2873. Du cas où soit le débiteur, soit un tiers, est chargé de donner des soins à la chose livrée au créancier. — 2874. De la tradition quand la marchandise est en cours de voyage, au moyen du connaissement ou de la lettre de voiture. — 2875. Du connaissement à l'ordre du commissionnaire ou bailleur de fonds. — 2876. Le connaissement peut être passé à l'ordre du commissionnaire depuis l'expédition. — 2877. *Quid*, du cas où l'endossement au profit du commissionnaire est irrégulier. — 2878... Pour défaut de date. — 2879... Pour défaut d'énonciation du nom du commissionnaire. — 2880. Pour défaut d'énonciation de la valeur fournie. — 2881. Du connaissement au porteur. — 2882. Du connaissement à personne dénommée. Peut-il être transmis par endossement? — 2883. De la lettre de voiture. Peut-elle être à ordre? — 2884. De la lettre de voiture à personne dénommée. Peut-elle être transmise par voie d'endossement? — 2885. L'expédition peut-elle être constatée par un simple récépissé du destinataire. — 2886. La possession du gagiste doit être permanente. — 2887. La tradition de la chose peut-elle être faite par un failli après sa cessation de payements? — 2887 *bis*. De la substitution d'un gage à un autre. — 2888. *Quid*, si un connaissement ou une lettre de voiture, envoyés avant la cessation de payements, arrivent après. — 2889. Formalités exigées par l'article 2075 du Code civil pour le nantissement des meubles incorporels et des créances. Acte public ou sous seing privé signifié. — 2890. Cette signification est nécessaire même pour les créances inférieures à 150 francs. — 2891. Cette signification peut-elle avoir lieu après la cessation de payements du débiteur? — 2891 *bis*. Suite. — 2892. Remise du titre. — 2893. Une créance sans titre ne peut être donnée en gage. — 2894. Du gage des valeurs transmissibles par voie d'ordre ou d'endossement. — 2895. Comment peut ou doit être causé l'endossement d'un effet à ordre donné en gage? — 2896. De l'endossement irrégulier. — 2897. Ces règles s'appliquent à toutes les obligations à ordre. — 2898. Des obligations au porteur. — 2899. Le gage commercial, quand il ne s'agit pas d'obligation à ordre ou au porteur, est régi par l'article 2075 du Code civil. — 2900. Du gage des inscriptions de rente sur l'État. — 2900 *bis*. Des valeurs industrielles. — 2901. Des

titres de créances donnés en gage aux banques publiques. — 2902... Aux agents de change à titre de couverture. Distinctions ; questions diverses. — 2903. Résumé de la section II.

2818. Comme nous l'avons déjà vu (1), la validité du contrat de gage, considéré en lui-même et dans ses effets relativement au débiteur, ne suffit pas pour établir le privilége et les droits du gagiste vis-à-vis des tiers. Il faut, outre la délivrance et la possession qui sont nécessaires tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard des tiers, et sur lesquelles nous reviendrons bientôt (2), l'accomplissement de certaines formalités destinées, soit à prouver l'époque précise de la constitution du gage, soit à déterminer d'une manière certaine et invariable la nature et la consistance des choses données en gage. Ces formalités sont décrites par les articles 2074 et 2075 du Code civil, et, depuis la loi du 23 mai 1863, par les articles 91 et suivants du Code de commerce. Cette loi a mis fin à la controverse qui existait depuis longtemps sur le point de savoir dans quelle mesure la constitution du gage en matière commerciale était soumise aux formalités de droit commun. C'était là une question fort compliquée, dont il n'est pas sans intérêt de rappeler les éléments et de faire l'historique.

2819. L'article 2074 du Code civil porte : « Ce privilége (celui du gagiste) n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leur qualité, poids et mesure. La rédaction de l'acte écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de 150 francs. »

L'article 2075 ajoute : « Le privilége énoncé en l'article précèdent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. »

Enfin, aux termes de l'article 2084, « les dispositions ci-

(1) Voy. *sup.*, n. 2808.
(2) Voy. *inf.*, n. 2827 et suiv.

dessus ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gages autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent. »

Donc, en Droit civil, nécessité d'un acte public ou sous seing privé dûment enregistré, pour constituer le gage, quand la matière excède 150 francs, quand la chose donnée en gage est un meuble corporel; nécessité d'un acte public ou sous seing privé dûment enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage, quand le gage consiste en un meuble incorporel : telles sont les conditions exigées pour l'existence du privilége du créancier gagiste, par les articles 2074 et 2075, tandis que, suivant l'article 2084, les matières de commerce sont régies par les lois et règlements qui les concernent.

Si maintenant on se reporte au Code de commerce, on y trouvait, sur la constitution du gage, avant la loi du 23 mai 1863, des dispositions expresses et des dispositions en quelque sorte tacites. Les dispositions expresses étaient celles des anciens articles 93 et 95 ainsi conçus :

« Art. 93. Tout commissionnaire, qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées d'une autre place pour être vendues pour le compte du commettant, a privilége pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais, sur la valeur des marchandises, si elles sont à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut constater par un connaissement ou par une lettre de voiture l'expédition qui lui en a été faite. »

« Art. 95. Tous prêts, avances ou payements, qui pourraient être faits sur des marchandises déposées ou consignées par un individu résidant dans le lieu du domicile du commissionnaire, ne donnent privilége au commissionnaire ou dépositaire qu'autant qu'il s'est conformé aux dispositions prescrites par le Code civil pour les prêts sur gage ou nantissements. »

On peut citer comme exemples des dispositions tacites, celle de l'article 106 qui suppose évidemment que les objets confiés à un voiturier pour en effectuer le transport sont de plein droit

entre ses mains le gage du prix de la voiture; et celles qui, en déterminant un mode particulier de transmission des obligations à ordre, introduisent un système tout particulier pour la mise en gage de cette sorte d'obligations (1).

2820. Dans cet état de choses et en présence de ces textes divers, la question, posée de la manière la plus génerale, était de savoir si l'article 2084, qui déclare inapplicables aux matières de commerce les dispositions du Code civil sur le gage, devait être entendu en ce sens qu'il n'y avait de soumis aux dispositions des articles 2074 et suivants, que les cas qu'une disposition expresse des lois commerciales ferait rentrer sous leur empire; ou si, au contraire, l'article 2084 devait être entendu en ce sens, que les cas soustraits à l'empire des articles 2074 et suivants, par une disposition expresse, ou tacite des lois commerciales fussent seuls exempts des formalités exigées par ces articles, tous les autres restant régis par le Code civil et le droit commun.

Une première remarque à faire, c'est que l'article 2084 ne renvoie pas pour le gage commercial aux usages de commerce. Inutile donc de rechercher s'il y en a en cette matière de prétendus usages : en supposant qu'il y en eût, ils ne sauraient avoir aucune force légale dès que la loi ne les reconnaît ni ne les consacre (2). L'article 2084 se borne à renvoyer aux lois et règlements qui concernent les matières commerciales. Or, y avait-t-il dans les lois et règlements du commerce des règles générales sur le gage commercial, qui pussent être considérées comme constituant une sorte de droit commun en cette matière ? Nullement. Les seules dispositions expresses qu'il y eût dans le Code de commerce sur le gage commercial se trouvaient dans les articles 93 et 95, qui, l'un et l'autre, concernaient des cas particuliers; et il en était de même des dispositions qui supposaient ou embrassaient implicitement des cas de gage, telles que celles qui sont relatives aux droits du voiturier et aux effets de l'endossement. Le gage constitué sur des marchandises expédiées d'une place sur une autre, celui

(1) Voy. *inf.*, n. 2889.

(2) Voy. *sup.*, t. I, n. 82 et suiv., et t. III, n. 1441 et suiv.

du voiturier sur les objets qu'il transporte, celui qui a pour objets des lettres de change ou des billets à ordre, étaient donc soumis à des règles autres que celles du Code civil. Mais, en dehors de ces cas, le Code de commerce était muet, ou s'il parlait dans l'article 95, c'était pour faire rentrer sous l'application des règles du Code civil le cas le plus général, celui qui embrassait les hypothèses les plus diverses et qui était le plus dégagé des circonstances particulières de nature à déterminer des règles spéciales. Si donc le Code de commerce avait introduit des formes et des règles spéciales pour la constitution de certains gages, il ne contenait pas de règles générales sur le gage commercial, ou s'il en contenait c'étaient celles mêmes du Code civil auquel l'article 95 se référait. D'où il faut conclure que le Code de commerce, dans ce cas comme dans d'autres (1), n'ayant pas répondu à l'appel que lui faisait l'article 2084 du Code civil, on devait de deux choses l'une, ou reconnaître que le Droit commun du gage commercial se trouve dans le Code civil, ou que le gage commercial n'était soumis, sauf certains cas déterminés, à aucunes règles particulières, et que la constitution en était abandonnée à l'arbitraire des parties contractantes, qui demeuraient affranchies de toutes formes protectrices des droits et des intérêts des tiers.

2821. Il me semble qu'il suffit d'énoncer cette alternative pour qu'il n'y ait pas eu lieu d'hésiter sur le choix à faire entre les deux routes qu'elle ouvrait aux investigations : l'une, bien frayée, droite et unie, conduisant sûrement au but qui est de garantir les tiers contre des constitutions de gage frauduleuses et sans certitude; l'autre, mal tracée, tortueuse, pleine d'ambages, féconde en accidents, éloignant du but loin d'y conduire.

2822. C'est cependant dans cette dernière route que se sont engagés quelques auteurs qui voulaient que le gage commercial ne fût régi par le Code civil que dans les cas spécialement déterminés par l'article 95 du Code de commerce et qui, dans tous les autres cas non régis par une disposition spéciale, l'abandonnaient à ce qu'ils appellent le Droit commun commercial. Parmi ces auteurs on remarque MM. Delamarre et Le-

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1441 et suiv.

poitvin, et, après eux, M. Troplong. MM Delamarre et Lepoitvin, dont je suis habitué à combattre les tendances, n'ont fait qu'indiquer le système (1); mais M. Troplong, à l'opinion duquel j'ai été souvent heureux de recourir pour fortifier la mienne, l'a développé avec une insistance, j'oserai même dire avec une passion qui démontre une conviction profonde, et avec un talent qui, malgré tout son prestige, ne parvient pas à en faire disparaître les impossibilités (2). Voici le système de M. Troplong, et pour l'exposer, je copie :

« L'article 2074 du Code civil, dit M. Troplong (3), déclaré inapplicable au Droit commercial par l'article 2084, est devenu, par l'article 95 du Code de commerce, l'un des textes auxquels ce droit est assujetti. Mais l'article 2074 ne gouverne pas le gage commercial d'une manière générale et absolue, comme il régit le Droit civil. Il ne le régit que dans le cas défini par l'article 95 précité, c'est-à-dire lorsque le prêteur et l'emprunteur habitent le même lieu et que la chose placée sous leur main est susceptible d'un placement simulé et frauduleux, et encore y a-t-il quelques exceptions à cette règle. Dans tous les autres cas, le gage commercial échappe à l'influence de l'article 2074 du Code civil ; il se prouve, comme tous les autres contrats commerciaux, par les moyens indiqués par les articles 12 et 109 du Code de commerce.

« Et comment l'article 2074 pourra-t-il dépasser le cercle que l'article 95 a tracé autour de lui? Déclaré étranger aux matières commerciales par l'article 2084 du Code civil, il n'a eu accès dans ce domaine que par l'article 95 du Code de commerce. Mais cette adoption de l'article 2074 par le Code de commerce n'a pas été sans condition. L'article 95 lui a assigné un rôle restreint; il ne saurait sans usurpation en jouer un plus étendu. Remarquons-le bien! l'article 2074 n'est pas lui-même un de ces textes qui sont l'expression d'un droit commun et servent de guide au juge partout où une loi spéciale n'y

(1) T. II, n. 399.

(2) Voy. aussi une dissertation de M. Harel, *Sur le gage commercial*, insérée dans la *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 277.

(3) *Du nantissement*, n. 120.

a pas dérogé. L'article 2074 n'est rien par sa propre vertu, pour le Droit commercial; l'article 2084 l'a mis hors de cause. Il n'a été introduit dans ce Droit que sous bénéfice d'inventaire ; il n'y a obtenu qu'une force d'emprunt, grâce à l'article 95 du Code de commerce. Il n'a pas un horizon plus vaste que celui que cet article lui a fait.

« ... Voulez-vous, dit encore M. Troplong (1), sortir de l'article 95 du Code de commerce et vous élever à d'autres cas? En vertu de quoi pourriez-vous les assujettir à l'article 2074 du Code civil? Serait-ce au nom du Droit commun? Mais l'article2084 est toujours là avec son mur de séparation entre l'article 2074 et le Droit commercial. Sans doute, l'article 95 du Code de commerce a fait une brèche à l'article 2074 ; il a pris l'article 2074 par la main et lui a fait une place dans le Droit commercial. Mais que cette place lui suffise ; qu'il n'oublie pas les conditions de sa naturalisation et la qualité d'étranger qui lui a été laissée pour le surplus.

« Si donc il arrive que le gage soit contracté hors des termes de l'article 95 du Code de commerce, l'article 2074 reste frappé d'impuissance par l'article 2084; il n'atteint pas une telle convention. Le Droit commercial se suffit à lui-même. Il a ses règles sur la preuve des obligations; il a ses usages consacrés. Ce sont eux qui décident à quelles conditions existe la validité de ce nantissement. »

2823. Dépouillez cette argumentation de sa brillante enveloppe, que reste-t-il? Il reste que le gage commercial, en dehors des cas réglés par une disposition expresse du Code de commerce, n'était soumis à aucune loi. Il est facile de démontrer qu'en suivant M. Troplong on arrive forcément à ce résultat inadmissible.

Comme je l'ai déjà dit, le renvoi de l'article 2084 aux lois et règlements du commerce sur le gage ne pouvait avoir quelque efficacité qu'autant qu'il y aurait eu des lois et règlements du commerce sur le gage. Or, en fait, il n'y en avait pas : il y avait des dispositions sur des cas particuliers ; il n'y avait pas une seule disposition générale et qui pût être considérée

(1) *Du nantissement*, n. 122.

comme le Droit commun de la matière. Or, s'il est vrai, ainsi que M. Troplong l'a plus d'une fois clairement établi lui-même, contrairement à l'opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin, que le Code civil soit la loi générale et de Droit commun à laquelle il faut toujours et nécessairement recourir quand le commerce ne trouve pas de règles spéciales dans son Code et dans ses lois (1), il faut en conclure que la vraie loi commerciale et de Droit commun se trouvait dans les articles 2074 et suivants du Code civil.

Selon M. Troplong, le Droit commercial se suffit à lui-même ; il a ses règles sur la preuve des obligations et ses usages consacrés.

Un mot d'abord sur les usages. J'ai déjà fait remarquer que l'article 2084 se bornait à renvoyer aux lois et règlements sur le commerce et qu'il ne renvoyait pas aux usages commerciaux. Qu'entend donc ici M. Troplong par usages consacrés? Consacrés, par qui? Je comprends que, lorsqu'une loi civile ou commerciale s'en réfère sur un certain point aux usages, les usages, ainsi législativement consacrés, doivent être suivis, si en fait leur existence est constatée. Mais, dans tous les autres cas, l'usage, même en le supposant certain, ne peut pas plus ajouter ou déroger à la loi commerciale qu'il ne peut ajouter ou déroger à la loi civile. Faire des usages, sous prétexte qu'ils sont constants, un des éléments du Droit commercial, me paraît une des erreurs les plus énormes qu'il soit possible de commettre sous l'empire d'un droit écrit et codifié, qui a eu la prétention de se substituer aux coutumes locales ou générales. C'est un point que je crois avoir déjà plus d'une fois démontré (2) et sur lequel je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'insister davantage.

Quant aux règles du Droit commercial sur la preuve des obligations, il me semble que vouloir en faire les seules règles sur la preuve ou la constitution du gage commercial, c'est confondre deux choses fort distinctes et perdre de vue le but spé-

(1) Voy. *Revue de législation*, t. XVI, p. 47 ; et préface *Du nantissement*, p. 12.

(2) Voy. *sup.*, t. I, n. 82 et suiv., et t. III, n. 1433 et suiv.

cial que se sont proposés les articles 2074 et suivants du Code civil.

Nous l'avons déjà vu, le contrat de gage produit deux effets : l'un à l'égard du débiteur, l'autre à l'égard des tiers (1). Relativement au débiteur, le gage est soumis, quant à sa constitution et à sa preuve, aux mêmes règles que les autres obligations ; et le Droit civil, pas plus que le Droit commercial, ne le soumet à des règles particulières : le gage, relativement au débiteur qui le constitue, est une manière d'aliéner sa chose, et il n'y avait aucune nécessité de soumettre ce mode d'aliénation à des formalités plus rigoureuses que les autres manières d'aliéner. Sous ce rapport, il est vrai de dire que le Droit commercial avant la loi du 23 mai 1863 se suffisait à lui-même, qu'il avait ses règles ; parce que, de même que le gage civil se prouve entre le débiteur et le créancier par les règles générales sur la preuve des obligations civiles, de même aussi le gage commercial se prouve entre les mêmes parties par les règles générales sur la preuve des obligations commerciales. Il ne pouvait y avoir aucun doute sur ce point.

Mais à l'égard des tiers, le gage produit un effet tout particulier, qui est de donner au gagiste un privilége, en vertu duquel le prix de la chose donnée en gage lui est attribué pour le payement de sa créance, par préférence aux autres créanciers. Si donc le privilége suppose l'existence de l'obligation, l'obligation ne suppose pas le privilége, de telle sorte qu'il est impossible de conclure de la possibilité de prouver l'obligation par les moyens de preuve admis en matière commerciale, à la possibilité de prouver par les mêmes moyens l'établissement du privilége.

2824-2826. Concluons de tout ce qui précède, que les formalités exigées par les articles 2074 et suivants du Code civil pour l'acquisition du privilége du gagiste, étaient requises en matière commerciale, non-seulement dans les cas prévus par l'article 95 du Code de commerce, mais encore dans tous les cas où une disposition spéciale du Code de commerce n'avait

(1) Voy. *sup.*, n. 2808.

pas soumis la constitution du gage à des formes particulières (1).

2827. Aussi quand le législateur a voulu dispenser la constitution du gage commercial d'une partie des formalités prescrites par les art. 2074 et suivants du Code civil, et lui appliquer quelques-unes des facilités de la loi commerciale, et déroger ainsi aux règles du droit commun, il a jugé nécessaire de le faire par des dispositions expresses et formelles, qui ont fait l'objet de la loi du 23 mai 1863, introductive d'un droit nouveau. Cette loi a eu pour résultat de faire que le gage commercial qui était antérieurement régi par le Code civil, sauf les cas où le Code de commerce y avait exceptionnellement dérogé, est aujourd'hui régi par les dispositions nouvelles qu'elle a introduites dans le Code de commerce, et qu'il n'y a lieu de recourir accessoirement au Code civil que dans le cas où la loi nouvelle s'y réfère et y va chercher son complément.

C'est en nous plaçant à ce point du vue que nous allons entrer dans le détail des formalités requises.

2827 *bis*. Commençons par le cas où le gage est constitué sur un meuble corporel.

En matière civile, ce cas est régi par l'article 2074 du Code civil qui, lorsque la matière excède la valeur de 150 francs, veut que le privilége n'ait lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce ou la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.

Mais aux termes du nouvel article 91, introduit dans le Code de commerce par la loi du 23 mai 1863, le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non com-

(1) Voy. Paris, 21 juin 1842, S., 43, 2, 113 ; Douai, 10 fév., et 20 mars 1843, S., 43, 2, 198 et 341 ; Cass., 17 juin 1847, S., 47, 1, 401 ; D., 47, 1, 161 ; Cass., 13 janvier 1868, D., 68, 1, 125. Duranton, t. XVIII, n. 523 ; Pardessus, n. 1203 ; E. Vincens, t. II, p. 160 ; Devilleneuve, sur l'arrêt précité du 17 juin 1847 ; M. Alauzet, t. I, n. 453 ; M. Esnault, *Faillites*, t. II, n. 520 ; M. Bédarride, *ibid.*, t. III, n. 169 ; M. Valette, *Priv. et hyp.*, p. 53.

merçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce.

Un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, n'est donc plus nécessaire pour constater le contrat de gage et assurer le privilége du créancier gagiste, sur les meubles corporels, tels que les marchandises.

2828. L'ancien article 93 du Code de commerce avait déjà, avant la loi du 23 mai 1863, apporté une modification au Droit commun de l'article 2074 du Code civil. Aux termes de cet article 93, remplacé et modifié aujourd'hui par le nouvel article 95, tout commissionnaire qui avait fait des avances sur des marchandises à lui expédiées pour être vendues pour le compte d'un commettant, avait privilége pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais sur la valeur des marchandises, si elles étaient à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou si avant qu'elles soient arrivées il pouvait constater par un connaissement ou par une lettre de voiture, l'expédition qui lui en avait été faite.

Le nouvel article 95 modifiant et étendant les dispositions de l'ancien article 93, porte que tout commissionnaire a privilége sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées, par le seul fait de l'expédition du dépôt ou de la consignation, pour tous les prêts, avances ou paiements faits par lui, soit avant la réception des marchandises, soit pendant qu'elle sont encore en sa possession.

Dans ce cas, les marchandises expédiées, déposées ou consignées au commissionnaire deviennent le gage des prêts, des avances ou des paiements par lui faits pour le compte de son commettant, sans qu'il soit intervenu entre eux un contrat spécial.

2829. Une première remarque à faire, c'est que, aux termes du nouvel article 95, le privilége du commissionnaire s'étend non-seulement aux marchandises qui lui ont été expédiées, mais encore à celles qui lui ont été déposées ou consignées, tandis que, d'après l'ancien article 93, le privilége n'était

attaché qu'au fait de l'expédition. Cette disposition nouvelle facilite, ainsi que nous le verrons bientôt, la solution de diverses questions qui divisaient la doctrine et la jurisprudence.

2830. Une seconde remarque à faire c'est que, bien que l'ancien article 93, comme le nouvel article 95 suppose que l'expédition, le dépôt ou la consignation sont faits à un commissionnaire-prêteur, il a été jugé, et avec raison, parce que la qualité de la personne n'a ici aucune importance, que le privilége est dû à toute personne même non commerçante qui a reçu de son débiteur commerçant des marchandises en consignation pour les vendre au compte de celui-ci, et retenir sa créance sur le prix (1). Le gage était évidemment commercial, puisqu'il s'agissait de marchandises expédiées ou remises par un commerçant pour couvrir les avances qui lui avaient été faites.

2831. Il a encore été jugé que l'expression commissionnaire dans l'article 93 du Code de commerce, doit s'entendre de tout bailleur de fonds, banquier ou autre, qui se trouve dans les mêmes circonstances qu'un véritable commissionnaire. Ce prêteur peut, en conséquence, exercer le privilége accordé au commissionnaire (2). Et cela est aussi juste que conforme à l'esprit des anciennes comme des nouvelles dispositions du Code de commerce. Tout commerçant qui fait un acte habituellement exercé par un commissionnaire, devient, en ce point et quant à cet acte, un véritable commissionnaire. Si, dans la pratique ordinaire, les commissionnaires seuls reçoivent en consignation des marchandises destinées à être vendues et sur lesquelles ils font des avances, ce n'est pas une raison pour que le commerçant qui fait plus ou moins accidentellement une opération de cette nature, ne puisse être considéré comme commissionnaire, quant à cette opération, et, par suite, ne doive jouir du privilége que le Code de commerce accorde au commissionnaire, c'est-à-dire à toute personne qui fait des opérations de commission.

(1) Cass., 23 avril 1816, S., 5, 1, 189; D., 2, 759.

(2) Cass., 6 mai 1845, S., 45, 1, 503; Nancy, 14 déc. 1838, *ibid.*, 39, 2, 239.

Mais l'effet des anciennes comme des nouvelles dispositions ne saurait être étendu au delà : et c'est avec raison qu'il a été décidé que le privilége établi en faveur du commissionnaire ne peut être revendiqué par le banquier qui a fait à un commerçant des avances sur actions de chemin de fer qu'il n'était pas chargé de vendre (1).

2832. Cependant, il a été jugé, avant la loi du 23 mai 1863, que, pour qu'un commissionnaire ou bailleur de fonds ait droit au privilége de l'article 93, à raison des avances par lui faites sur marchandises qui lui sont expédiées d'une autre place, il n'est pas nécessaire qu'il ait reçu mandat de les vendre; et, par suite, que le privilége peut être exercé, bien que la vente ait dû être faite, non par le commissionnaire, mais par le commettant (2). Il est clair, en effet, que, lorsque des avances sont faites sur des marchandises envoyées en consignation, les marchandises sont toujours, et dans toutes les hypothèses, destinées à être vendues : si le consignataire a un mandat à cet effet, et c'est là le cas le plus ordinaire, c'est par lui qu'elles sont vendues; si le commettant s'est réservé le droit de les vendre, il les vend lui-même; si les conventions sont muettes à cet égard, le consignataire peut les faire vendre, comme nous le verrons plus tard (3), pour se rembourser : de telle sorte que, dans tous les cas, la vente est la destination ultérieure et définitive de toute marchandise envoyée en consignation.

2833. Il est du reste à remarquer que toutes les difficultés qui pouvaient s'élever autrefois sur le point de savoir quand des marchandises consignées étaient affectées aux avances ou aux prêts faits par les consignataires disparaissent devant le nouvel article 91 qui en autorisant à prouver le gage commercial par tous les moyens de preuve énumérés en l'article 109 ne donne plus qu'un intérêt secondaire aux circonstances dont le concours suppose l'existence de ce contrat (4).

(1) Cass., 13 janvier 1868, S., 68, 1, 171; D., 68, 1, 125. — Sur le gage constitué sur des valeurs industrielles, V. *inf.*, n. 2900 *bis*.

(2) V. les arrêts précités de Nancy, 14 déc. 1838, et de Cass., 6 mai 1845.

(3) Voy. *inf.*, sect. III.

(4) Voy. l'Exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863.

2834. Ainsi c'était une question que de savoir, pour qu'il y eût lieu au privilége de l'article 93 sur les marchandises expédiées d'une autre place au commissionnaire, s'il était nécessaire que les marchandises lui fussent expédiées directement et nominativement. Et on avait décidé avec raison qu'il y avait expédition faite au prêteur, non pas seulement quand il était le destinataire primitif et originaire, mais quand, en définitive, les marchandises se trouvaient dirigées vers lui au moment où cette direction était nécessaire pour la constitution de son privilége et avant leur arrivée. Entendre autrement l'article 93 c'eût été rendre indisponible en cours de voyage la marchandise dont les besoins du commerce protégent, au contraire, la disponibilité (1).

2835. Ainsi encore il a été jugé que le commissionnaire qui, sur la foi d'un connaissement passé à son ordre par un acheteur auquel les marchandises sont expédiées, a fait pour cet acheteur des avances sur les marchandises portées au connaissement, a privilége sur ces mêmes marchandises pour le remboursement de ses avances : relativement au commissionnaire, de destinataire qu'il était, l'acheteur devient expéditeur (2).

Il faudrait décider de même aujourd'hui sur l'une et l'autre de ces deux questions, avec d'autant plus de raison que sous la loi nouvelle la condition essentielle de l'établissement du gage, c'est que le commissionnaire justifie par un des moyens de preuve, énoncés en l'article 109, qu'il a été mis en possession des marchandises sur lesquelles il entend exercer son privilége, à une époque où le commettant pouvait en disposer valablement (3).

2836. Au contraire, le commissionnaire qui aurait simplement reçu mandat de vendre des marchandises expédiées à un tiers ne pourrait pas prétendre au privilége de l'article 93

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n. 404 ; M. Troplong, n. 160.

(2) Rouen, 18 juillet 1827, S., 8, 2, 394 ; D., 27, 2, 400; Aix, 25 août 1831, S., 33, 2, 162; D., 32, 2, 218; Paris, 31 juill. 1835, S., 35, 2, 519; D., 36, 2, 83.

(3) V. *ibid.*

pour les avances qu'il aurait faites sur ces marchandises (1). Le privilége ne pourrait s'acquérir dans ce cas, et à raison du défaut d'expédition à celui qui se prétend gagiste, qu'en prouvant par un des modes autorisés en l'article 109 l'existence d'un contrat de gage.

2837. Du reste le nouvel article 95 du Code de commerce donnant au commissionnaire le privilége du gagiste, non-seulement sur les marchandises qui lui ont été expédiées, mais encore sur celles qui lui ont été consignées ou déposées, il en résulte que les questions auxquelles donnaient lieu les anciennes dispositions du Code sur le point de savoir ce qui caractérisait l'expédition et ce qui la distinguait d'une simple consignation ou d'un dépôt, par eux-mêmes inefficaces, ont perdu tout leur intérêt.

2838-2839. Ainsi il n'y a plus lieu de rechercher si le privilége établi en faveur du commissionnaire, à raison des avances par lui faites, a lieu quoique les marchandises n'aient pas été expédiées directement à lui-même du point de départ originaire, et qu'il ne les ait reçues que par suite d'un ordre à lui transmis par l'acheteur depuis le départ des marchandises et pendant quelles étaient en route (2) : question qui avait été résolue affirmativement et avec raison par la jurisprudence. Ni si le privilége existe soit lorsque le commissionnaire et l'expéditeur demeurent tous les deux dans la même place de commerce; soit lorsque la marchandise a été expédiée d'une autre place au commissionnaire dans le lieu où résident à la fois le commissionnaire et l'expéditeur (3); soit lorsque la

(1) Rouen, 15 juin 1825, S., 8, 2, 91 ; D., 27, 2, 99. — Cet arrêt semble à M. Troplong (n. 163) contraire à ceux qui précèdent, et c'est aussi comme contraire qu'il est apprécié par M. Devilleneuve (*loc. cit.*). Mais je ne crois pas qu'il ait jugé en principe que l'expédition devait être directe; il juge en fait qu'il n'y avait pas expédition, mais seulement mandat. En effet, dans l'espèce, il ne paraît pas que le connaissement remis par le destinataire au commissionnaire fût à ordre. Voy. sur ce point, *inf.*, n. 2882.

(2) Cass., 8 juin 1829, S., 9, 1, 306; D., 29, 1, 263 ; Douai, 2 avril 1828, S., 9, 2, 45 ; D., 29, 2, 122.

(3) Cass., 16 déc., 1835, S., 36, 1, 50 ; 7 déc. 1826, S., 8, 1, 496 ; D., 27, 1, 84 ; Bordeaux, 24 déc. 1824, S., 7, 2, 476; D., 2, 755 ; Cass., 18 janv. 1860, S., 60, 1, 737.

marchandise a été expédiée de la place où réside l'expéditeur avec le commissionnaire, pour être vendue sur une autre place par les soins de ce dernier (1). Toutes ces questions que la jurisprudence avait résolues dans le sens du privilége, ne peuvent plus se présenter sous la loi nouvelle qui les a tranchées dans le même sens.

2840. Il en est de même du point de savoir ce qu'on doit entendre par place de commerce, et si deux localités plus ou moins rapprochées peuvent être considérées comme deux places de commerce distinctes : c'était là une question de fait abandonnée à l'appréciation des tribunaux (2). Mais elle disparaît en présence de la législation nouvelle qui ne fait plus de l'expédition une condition du privilége.

2841. Ainsi encore un bailleur de fonds sur nantissement de marchandises, bien que domicilié dans une autre ville que l'emprunteur, aurait aujourd'hui privilége pour ces avances bien que les marchandises, au lieu de lui avoir été expédiées de place en place, aient été mises à sa disposition dans le lieu du domicile de l'emprunteur, par exemple, au moyen d'un transfert en douane, sans qu'il fût nécessaire d'un acte écrit conforme à l'article 2074 du Code civil. Ce privilége que la cour de cassation avait avec raison refusé dans ce cas au bailleur de fonds par son arrêt du 17 juin 1847 (3) ne pourrait plus lui être refusé, sous la loi nouvelle.

2842. Il est à remarquer au surplus que le commissionnaire ne conserve son privilége sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées que sous la condition prescrite par le nouvel article 92 du Code de commerce, c'est-à-dire que lorsque la marchandise qui est son gage a été mise et est restée en sa possession ou dans celle d'un tiers convenu entre les parties : c'est là un point sur lequel nous reviendrons plus tard (4).

2843-2853. Aux termes de l'article 2074, dans le gage civil,

(1) Douai, 1er juill. 1841, S., 41, 1, 626.
(2) Cass., 6 mars 1833, S., 33, 1, 182; D., 33, 1, 131.
(3) S., 47, 1, 401; D., 47, 2, 161.
(4) V. *inf.*, n. 2866.

le privilége du gagiste n'existe qu'autant que l'acte public ou sous seing privé requis, contient la déclaration de la somme due. Aujourd'hui, aux termes du nouvel article 91 du Code de commerce, la somme due se constate, comme le gage lui-même, conformément aux dispositions de l'article 109 du même Code.

2854. Il n'y a donc de gage qu'autant qu'il y a une dette. Mais de là, il ne faudrait pas conclure qu'un gage ne peut être constitué que pour une dette actuellement existante. Il peut, sans aucun doute, être constitué pour une dette éventuelle ou conditionnelle, par exemple, pour sûreté d'un crédit ouvert : seulement, dans ce cas, le gage est conditionnel comme la dette, et le gagiste ne peut en réclamer le bénéfice qu'à la charge de prouver que la condition s'est accomplie et qu'il a été fait usage du crédit (1).

2855. Il est bien évident, au surplus, qu'il n'est pas nécessaire que la dette et le gage soient contractés simultanément, et qu'un gage peut être valablement constitué pour garantie d'une dette antérieure.

2856. On comprend également que, lorsqu'il s'agit d'un contrat de gage proprement dit, constitué pour une dette déterminée, s'il peut s'élever des contestations sur le point de savoir si la dette existe réellement, cette dette est protégée par le gage, selon les énonciations et dans les limites déterminées par la convention lorsque son existence est jugée ou reconnue.

2857. Mais on comprend aussi que lorsque le gage, au lieu d'être constitué par une convention spéciale, résulte des circonstances prévues par le nouvel article 95 du Code de commerce, les mêmes moyens peuvent ne pas exister pour reconnaître la relation entre la dette et le gage.

Il y avait d'ailleurs sur ce point plus de difficultés sous l'empire de l'ancien article 93 qui accordait au commissionnaire un privilége pour les avances par lui faites sur la valeur des marchandises à lui expédiées d'une autre place, qu'il ne peut y en avoir aujourd'hui sous l'empire du nouvel article 95 qui

(1) Voy. Cass., 29 août et 21 nov. 1849, S., 50, 1, 91 et 194.

accorde un privilége au commissionnaire sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées pour tous les prêts, avances ou paiements faits par lui, soit avant la réception des marchandises, soit pendant qu'elles sont en sa possession.

De là, sous l'empire de l'ancien article 93, la question de savoir ce qu'on devait entendre par avances.

2858. Et, d'abord, quand le commissionnaire ou consignataire avait fait des dépenses pour la marchandise, par exemple, s'il avait payé le fret ou la voiture ; s'il avait payé des droits de douanes, d'entrepôt ou d'emmagasinage, il n'était pas douteux que ces dépenses, qui rentraient dans l'accomplissement du mandat du commissionnaire, constituassent des avances sur les marchandises qui les avaient occasionnées.

2859. Mais devait-on considérer de plus comme des avances les prêts ou déboursés faits par le consignataire, pour le compte de l'expéditeur, sur la foi de la consignation, quoiqu'ils ne fussent pas occasionnés par les marchandises, et qu'ils n'eussent pas pour but un service à rendre aux marchandises? La jurisprudence, interprétant d'une manière large, mais rationnelle, l'article 93 du Code de commerce, avait jugé que le consignataire avait privilége sur les marchandises consignées, non-seulement pour les dépenses relatives à ces marchandises, mais encore pour toutes les avances faites sur la foi de la consignation (1), et spécialement pour toutes les opérations de banque ou de commerce distinctes des opérations relatives à la commission et à la consignation, mais faites en vue des garanties offertes par la consignation (2). Réserver la qualification légale d'avances aux dépenses occasionnées par les marchandises, eût été priver la consignation des avantages qu'elle offre au commerce et au crédit, et qui consistent principalement dans les prêts sur consignation de marchandises expédiées au prêteur (3). Cette jurisprudence, qui n'étendait pas

(1) Cass., 22 juill. 1817, S., 5, 1, 352 ; D., 2, 757 ; 29 avril 1833, S., 33, 1, 451 ; D., 33, 1, 204.

(2) Cass., 23 juin 1830, S., 9, 1, 546 ; D., 30, 1, 207.

(3) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n. 391 ; M. Troplong, n. 209 ;

les termes de l'article 93, mais qui les expliquait et leur donnait un sens intelligent, était parfaitement d'accord avec celle qui appliquait le bénéfice de cet article, non-seulement au commissionnaire proprement dit, mais à tout prêteur ou consignataire (1). La question ne pourrait plus se présenter aujourd'hui en présence de la généralité des termes de l'article 95.

2860. Autre point de vue. Quand sous l'empire de l'ancien article 93 des avances avaient été faites sur la foi d'une expédition de marchandises déjà adressées au commissionnaire ou prêteur, de telle sorte qu'il était nanti avant d'avoir fait les avances, il avait un privilége, cela n'était pas douteux : les avances étaient évidemment faites sur les marchandises. Mais en était-il ainsi quand les prêts ou avances avaient précédé l'expédition?

2861. Deux hypothèses peuvent se présenter. Ou les avances sont faites en contemplation et sur la foi d'une expédition annoncée, mais non encore effectuée au moment où le prêteur se met à découvert ; ou ces avances sont faites purement et simplement, sans l'annonce préalable d'aucune expédition, et c'est seulement à une époque postérieure qu'une expédition est faite, dans le but déterminé de couvrir le consignataire des avances déjà faites.

Dans le premier cas, c'est-à-dire s'il s'agit d'avances faites en contemplation d'une expédition annoncée, mais non encore effectuée, je n'hésite pas à penser que l'ancien article 93 donnait au prêteur un privilége sur les marchandises qui lui étaient expédiées depuis qu'il s'était mis à découvert. Il est évident que les avances sont faites sur les marchandises, lorsqu'elles sont faites sur la foi et en contemplation de l'expédition promise. L'expédition est la cause déterminante des avances ; et, de même que dans un prêt sur gage régularisé et constaté par acte écrit, dans la forme de l'article 2074 du Code civil, le prêt serait assurément réputé fait sur gage, lors même que le gage stipulé et promis n'aurait pas été livré au moment du prêt,

M. Alauzet, t. I, n. 426. Telle est aussi la jurisprudence anglaise, d'après Paley, cité par MM. Delamarre et Lepoitvin.

(1) Voy. *sup.*, n. 2831.

et ne l'aurait été que plus tard; de même aussi, dans un prêt fait sur consignation, dans les termes de l'article 93 du Code de commerce, les avances sont en réalité faites sur les marchandises, bien que les marchandises promises au moment des avances n'aient été expédiées que plus tard. Comme le fait très-bien remarquer M. Troplong (1), l'article 93 ne réservait pas le privilége à tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui *déjà* expédiées d'une autre place. Il accordait le privilége à tout commissionnaire qui a fait des avances sur marchandises à lui expédiées d'une autre place. Le mot *déjà* n'était pas dans l'article 93, qui ne statuait rien directement ou indirectement sur l'époque à laquelle devait être faite l'expédition. C'était donc avec raison que la Cour de cassation avait jugé, le 13 avril 1816, que le privilége de l'article 93 subsistait, bien que l'existence de la créance eût précédé l'expédition des marchandises (2); et on doit regretter que depuis elle ait cru devoir adopter une opinion contraire que ne justifie pas suffisamment le texte de l'article 93 du Code de commerce, et qui est en désaccord complet avec l'esprit de cet article et l'intérêt du commerce (3).

Aujourd'hui la question est tranchée dans le sens le plus rationnel par le nouvel article 95 qui accorde un privilége au commissionnaire d'une manière générale et sans distinction pour tous les prêts, avances ou paiements faits soit avant la réception des marchandises, soit pendant qu'elles sont encore en sa possession. « Les sommes avancées et les marchandises expédiées, déposées ou consignées, disait au Corps législatif le rapporteur de la loi du 23 mai 1863, sont liées dans l'instruction commune et loyale des parties, par une idée de compensation des unes aux autres qui ne permet pas de les séparer. L'essentiel est que les avances aient été faites en contemplation des marchandises, ou que les marchandises aient été

(1) *Du nantissement*, n. 234.

(2) S., 5, 1, 180. Voy. aussi Rouen, 7 juill. 1853, S., 54, 2, 387.

(3) Voy. Cass., 18 mars 1845, S., 45, 1, 158 ; 4 déc. 1848, S., 49, 1, 5 ; 13 déc. 1850, S., 50, 1, 769. Voy. aussi Douai, 29 nov. 1843, S., 44, 2, 145 ; Cass., 14 mars 1855, S., 55, 1, 177, et Limoges, 22 juill. 1857, S., 58, 1, 206.

expédiées, déposées ou consignées, en contemplation des avances faites ou à faire. »

2862. Dans le second cas, c'est-à-dire si les avances ont été faites purement et simplement, sans l'annonce préalable d'une expédition, j'avais pensé qu'il fallait, pour décider si ces avances peuvent être privilégiées sur les marchandises ultérieurement expédiées dans le but déterminé de les couvrir, faire une distinction.

« Si la créance du commissionnaire est sans terme, disais-je, dans les éditions antérieures de cet ouvrage (1), ou si, étant à terme, elle était échue, je pense que le créancier qui pourrait forcer le débiteur à payer, et qui lui accorde terme moyennant une expédition de marchandises destinées à servir de nantissement à la créance, est valablement nanti. Alors on peut dire avec M. Troplong (2), que c'est comme si l'avance était réitérée, comme si le prêt recommençait; et l'avance ainsi renouvelée par une sorte de novation est indubitablement faite sur les marchandises qui sont expédiées dans le but déterminé de la couvrir (3).

« Si, au contraire, la créance étant à terme n'est pas encore échue, je pense qu'elle ne peut être privilégiée sur la marchandise qui est expédiée plus tard. En effet, d'une part, les avances n'ayant pas été faites en contemplation ou sur la foi d'un gage promis, les parties ne peuvent changer la position respective qu'elles se sont faite, et que leur fait l'article 93 du Code de commerce qui n'accorde de privilége que pour les avances faites sur marchandises expédiées, ce qui suppose évidemment que les avances sont faites en contemplation de l'expédition. Et, d'autre part, la créance n'étant pas échue, on ne peut assimiler la convention en vertu de laquelle des marchandises seraient expédiées au créancier pour le couvrir de ce qui lui est dû, à un renouvellement des avances et à une novation de l'obligation. Sans doute dans un gage constaté par acte écrit, en la forme de l'article 2074 du Code

(1) V. n. 2862.
(2) *Du nantissement*, n. 249.
(3) Douai, 5 janvier 1844, S., 44, 2, 257.

civil, on peut valablement établir un gage pour garantie d'une créance antérieure et non échue; et rien n'empêche, dans l'hypothèse prévue, de recourir à cette voie parfaitement régulière. Mais, quand il s'agit d'un contrat de nantissement dans les termes de l'article 93 du Code de commerce, on ne peut pas sortir des conditions déterminées par cet article qui n'accorde de privilége qu'aux avances faites sur marchandises expédiées, ce qui suppose évidemment que les avances sont faites sur la foi d'une expédition sinon réalisée, du moins promise (1). »

Mais aujourd'hui cette distinction n'a plus d'objet. Dès qu'il suffit pour l'établissement du privilége, ainsi que nous venons de le voir que les marchandises soient expédiées, déposées ou consignées en contemplation d'avances faites ou à faire, il importe peu que la créance résultant de ces avances soit ou ne soit pas échue. Il n'y a plus à se préoccuper ni du moment des avances, ni du moment de l'expédition, du dépôt ou de la consignation, puisque le privilége résulte de cela seul que les avances ont été faites en contemplation de l'expédition du dépôt et de la consignation, ou que l'expédition, le dépôt et la consignation, ont été faites en contemplation des avances (2).

2863. Au surplus, même sous l'empire de l'ancienne loi, on décidait que lorsque le commissionnaire et le commettant sont en compte courant, le privilége du commissionnaire a lieu pour toutes les avances qu'il a faites au commettant pendant tout le temps qu'il est demeuré nanti des marchandises, en telle sorte que ce privilége s'étend des avances primitivement faites et qui ont été remboursées, à celles qui sont venues s'y substituer parce que toutes les opérations se confondent en définitive en une seule (3).

2864. Et on décidait également par la même raison, que le commissionnaire qui a reçu des envois successifs de marchandises de la part de son commettant, et qui lui a fait des avan-

(1) Voy. Cass., 25 juill. 1849, S., 53, 1, 612.
(2) Rouen, 14 fév. 1867, D., 68, 2, 13.
(3) Douai, 5 janv. 1844, S., 44, 2, 257.

ces successives au fur à mesure de ces envois a privilége pour chacune de ces avances sur tous les envois antérieurs et non pas seulement sur l'envoi qui a immédiatement précédé l'avance (1).

2865. Les solutions qui précédent enlèvent tout intérêt à une question controversée sous l'empire des anciennes dispositions du Code de commerce. C'est celle de savoir si le privilége établi au profit du commissionnaire sur des marchandises qui lui ont été expédiées, peut être transporté sur d'autres marchandises dont le connaissement postérieurement aux avances faites a été échangé avec le connaissement des marchandises qui ont déterminé les avances. Un arrêt de la cour de Rouen du 29 novembre 1838 (2) s'était prononcé dans le sens de la négative; et M. Troplong a vivement critiqué cet arrêt. Mais aujourd'hui, dès qu'il n'y a plus à se préoccuper ni du moment des avances, ni du moment de l'expédition, du dépôt ou de la consignation, toute marchandise expédiée, déposée ou consignée en contemplation d'avances antérieurement faites est grevée du privilége de ces avances, et les marchandises envoyées en dernier lieu n'en sont pas affranchies parce que le commissionnaire aurait consenti à se dessaisir de celles qui lui ont été primitivement envoyées.

2866. Outre la déclaration de la somme due, l'article 2074 exige, de plus pour le gage civil, celle de l'espèce et de la nature des choses remises en gage, ou qu'il soit annexé à l'acte un état de leur qualité, poids et mesure. Il n'est plus nécessaire aujourd'hui quand il s'agit d'un gage commercial que cette désignation se trouve consignée dans un acte spécial. Il suffit qu'elle résulte des documents qui font preuve du gage lui-même. Mais il faut dans tous les cas qu'elle soit assez précise pour empêcher les fraudes qui pourraient se commettre par la substitution d'une chose plus précieuse à une chose qui le serait moins.

Ainsi on a annulé l'acte de nantissement d'une bibliothé-

(1) Cass., 14 mars 1855, S., 55, 1, 177. Voy. aussi Cass., 24 déc. 1866, D., 67, 163.

(2) S., 39, 2, 33.

que, parce que les livres donnés en gage n'avaient point été désignés par leur format, leur édition et l'espèce des ouvrages, encore que le nombre des volumes ait été énoncé (1).

Ainsi encore, il a été jugé que l'acte de nantissement, ayant pour objet des huiles qu'il désigne uniquement sous la dénomination d'*huiles de graines*, est nul comme n'indiquant pas suffisamment l'espèce des huiles données en nantissement (2).

De même pour un nantissement de vins de Champagne qui n'indiquait pas de quelle espèce de vin de Champagne il s'agissait, s'il était mousseux ou non mousseux, brut ou travaillé (3).

Ces décisions, bien que rendues dans des espèces où il y avait un acte de nantissement dans les termes de l'article 2074 du Code civil, n'en devraient pas moins servir de guide dans les cas où il s'agit de reconnaître si la chose donnée en gage a été suffisamment précisée dans les conventions intervenues entre les parties.

2867. Dans le gage constitué dans les termes de l'article 95 du Code de commerce, la désignation de la chose affectée au gage peut se trouver soit dans la lettre de voiture ou dans le connaissement qui accompagne l'expédition de la marchandise, soit dans tout autre document se rapportant au dépôt ou à la consignation, dans les livres ou dans la correspondance.

2868. Il est d'ailleurs certains cas où le droit de gage et le privilége qui y est attaché sont la conséquence d'un service rendu à la marchandise ou à la chose qui en fait l'objet.

Ainsi l'ouvrier qui a travaillé, préparé ou amélioré une chose, a sur cette chose, tant qu'elle est en sa possession, un droit de gage pour le prix de sa main d'œuvre. Ce privilége, qu'il ne faut pas confondre avec celui que l'article 2102 du Code civil accorde pour la conservation de la chose (4), a sa source dans un droit de rétention fondé sur cette considération d'équité que l'ouvrier qui a ajouté son travail à une chose ne peut

(1) Cass., 4 mars 1811, S., 3, 1, 300 ; D., 10, 397.
(2) Douai, 10 fév. 1843, S., 43, 2, 198.
(3) Paris, 20 mai et 15 juin 1841, D., 41, 2, 218.
(4) M. Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 174; *Du nantissement*, n. 148.

être contraint de se dessaisir de cette chose tant que son travail ne lui a pas été payé. Mais, comme nous le verrons bientôt, le privilége qui ne vit que par la possession, disparaît avec la possession, parce que avec la possession cesse le gage (1). Il y a plus : ce privilége à raison de la main d'œuvre donnée à une partie de marchandises, ne passe pas, quand l'ouvrier s'en est dessaisi, sur une autre partie de la même marchandise qui leur a été remise ensuite pour être travaillée. En d'autres termes, l'ouvrier n'a de privilége pour le prix de sa main d'œuvre ou façon sur les objets qui lui ont été confiés, que relativement aux objets façonnés qu'il détient encore en sa possession, parce que ce sont les seuls objets que peut atteindre le droit de rétention. Il n'a pas de privilége sur les objets qu'il détient pour le prix d'une main d'œuvre ou de façons antérieures s'appliquant à d'autres objets semblables qu'il a déjà rendus, parce que ce qui lui est dû pour la façon antérieure n'a aucun rapport avec les objets qu'il détient (2).

Néanmoins lorsque les marchandises remises à un ouvrier pour être façonnées font partie d'une seule et même opération comprise dans un seul et même traité, et forment, par suite, un tout non susceptible de division, elles demeurent, tant que l'opération entière n'est pas terminée, affectées au paiement des prix de façon, même pour les objets livrés. Dans ce cas, l'ouvrier peut retenir les marchandises qui lui restent jusqu'au paiement intégral de tous les prix de façon qui lui sont dus (3).

2868 *bis*. Le privilége de l'aubergiste, sur les objets appartenant aux voyageurs et apportés dans son auberge pour le prix de ses fournitures, a également sa source dans un droit de rétention fondé sur ce que les aubergistes étant obligés par état à recevoir tous les voyageurs qui se présentent, sans les connaître (4), seraient exposés à perdre le montant de leurs fournitures, s'ils n'avaient pas le droit de retenir en gage

(1) Voy. *inf.*, n. 2869.

(2) Cass., 17 mars 1829, S., 9, 1. 254 ; D., 29, 1, 184 ; Caen, 6 nov, 1860, S., 61, 2, 551.

(3) Cass., 13 mai 1861, S., 61, 1, 865.

(4) Art. 2462, C. civ., Voy., *sup.*, t. III, n. 1458.

les effets des voyageurs. L'article 175 de la Coutume de Paris était précis sur ce point : « Dépens d'hôtelage livrés par hôtes à pèlerins ou à leurs chevaux sont privilégiés, et viennent à préférer devant tous autres sur les biens et chevaux hôtelés, et les peut retenir jusqu'à payement ; et si aucun autre créancier les voulait enlever, l'hôtelier a juste sujet de s'y opposer. »

Il suit de là que l'aubergiste perd son privilége avec la détention ou la possession qui le justifie (1). Par la même raison, il n'a aucun privilége pour les fournitures faites, lors d'un précédent voyage, sur les objets apportés par le voyageur dans un second voyage (2). Pour que ces objets devinssent son gage, il faudrait un acte de nantissement dans la forme de l'article 2074 du Code civil.

2868 *ter*. Enfin, on doit en dire autant du privilége du voiturier sur la chose voiturée (3) : c'est un gage qui résulte, comme celui de l'ouvrier, de ce que, en voiturant la chose, le voiturier lui a donné une sorte de façon qui lui permet de ne pas se dessaisir de la marchandise jusqu'à ce qu'il en ait été payé. Ce privilége, de même que tous ceux qui résultent du gage, se pèrd donc avec la possession. Comme j'ai émis autrefois une opinion contraire (4), et qu'après un mûr examen je crois devoir l'abandonner, il est nécessaire d'entrer sur ce point dans quelques explications.

J'avais pensé que le privilége du voiturier n'était pas la conséquence d'un droit de gage, et je m'étais fondé sur ce que le gage ne s'établit pas par un contrat tacite, mais par un contrat exprès. Or, c'est là une première erreur démontrée par tout ce qui précède. N'est-ce pas en vertu d'un contrat de gage tacite que le commissionnaire, par cela seul que des marchandises lui sont expédiées, déposées ou consignées, et qu'il a fait des avances en contemplation de ces marchandises, a un privilége sur ces marchandises ? N'est-ce pas en

(1) M. Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 206.
(2) Rouen, 16 mess. an VIII, S., 1, 2, 1 ; D., 9, 48.
(3) C. civ., 2102, n. 6 ; C. com., 106.
(4) Voy. ma Dissertation insérée dans le Recueil de M. Devilleneuve, 40, 1, 289, en note d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 1840.

vertu d'un contrat de gage tacite que l'ouvrier a un droit de rétention sur les choses qu'il a travaillées, et l'aubergiste sur les choses apportées dans son auberge? Et n'y a-t-il pas une similitude complète entre la position d'un voiturier, qui reçoit une chose pour la voiturer, et l'ouvrier, qui reçoit une chose pour la façonner? L'un et l'autre ont droit à un salaire et à une rémunération, qui n'est autre chose que le prix de leur travail, et l'un et l'autre ont le droit de retenir la chose qu'ils ont façonnée, l'un en la travaillant matériellement, l'autre en y ajoutant une valeur et une utilité nouvelle par le transport, parce que l'un et l'autre sont fondés à ne pas vouloir se dessaisir de leur travail avant d'en avoir reçu le prix. La chose devient donc en réalité le gage du prix dû pour le travail, et, comme il n'y a plus de gage quand il n'y a plus possession, le voiturier, comme l'ouvrier, cesse d'avoir privilége quand il a cessé de détenir la chose. J'avais donc commis une seconde erreur, en me fondant sur ce que la dette du voiturier n'existe pas encore quand il contracte avec l'expéditeur, pour en conclure que cette dette, qui ne prend naissance que par le transport, ne peut donner naissance à un gage qui modifierait les rapports respectifs des parties. Il est vrai de dire, au contraire, que le contrat qui se forme entre l'expéditeur et le voiturier renferme de droit une clause implicite, en vertu de laquelle le voiturier est autorisé à ne se dessaisir de la chose voiturée que contre le payement de ce qui lui est dû. Le privilége du voiturier a si bien pour cause un droit de gage, qui se perd par la dépossession, que l'article 106 du Code de commerce, en disposant qu'en cas de contestation entre l'expéditeur et le voiturier, le dépôt et le sequestre de la marchandise peut être ordonné, pour ensuite la vente en être ordonnée en faveur du voiturier, suppose évidemment qu'il n'aurait pas le droit de faire procéder à cette vente s'il s'était dessaisi de la marchandise, ou, du moins, qu'il ne pourrait y faire procéder qu'en suite d'une saisie, comme tout autre créancier. Cette opinion, qui est celle de plusieurs auteurs recommandables (1), est combattue par

(1) Persil, *Régime hypoth.*, t. I, p. 143; Delvincourt, t. III, p. 442.

M. Troplong dans son *Commentaire des priviléges et hypothèques* (1). Mais il me semble qu'en reconnaissant, dans son *Commentaire du nantissement*, que le voiturier a un gage tacite sur la chose voiturée (2), il a par cela même abandonné sa première manière de voir, puisque le gage ne se comprend pas sans la possession. La nécessité de la possession, comme condition du privilége du voiturier, a été reconnue, implicitement du moins, par un arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 1840 (3), et d'une manière formelle par un arrêt de Rouen du 13 mai 1844 (4), et par un arrêt de Paris du 29 août 1855 (5).

Néanmoins le voiturier qui, au moyen de voyages successifs, a effectué le transport de marchandises formant l'objet d'une convention unique, a privilége sur les marchandises composant le dernier voyage, même pour les frais qui lui sont dus à raison des voyages antérieurs, du moins alors qu'il y avait impossibilité matérielle d'effectuer le transport des marchandises en un seul voyage : dans ce cas l'ensemble du transport doit être considéré comme ne constituant qu'une seule et même opération (6).

2869. Telles sont les règles relatives à la constitution du gage ou à l'établissement du privilége, sur les meubles corporels. Entrons maintenant dans des explications non moins importantes sur une autre condition essentielle de l'efficacité de gage. Je veux parler de la mise en possession.

Comme je l'ai déjà dit, la tradition et la possession sont de l'essence du gage mobilier (7) ; vainement ferait-on la preuve du contrat de gage à l'égard du débiteur : la tradition et la possession sont nécessaires, non-seulement à l'exercice du privilége contre les tiers, mais encore à l'exercice du droit de

(1) T. I, n. 207.

(2) N. 43.

(3) S., 40, 1, 289. — En sens contraire. Voy. Paris, 2 août 1809, S., 3, 2, 111 ; D., 2, 802 ; Pardessus, n. 1205 ; M. Alauzet, t. I, n. 485.

(4) S., 45, 2, 137.

(5) S., 56, 2, 109. Voy. aussi Persil, sur l'art. 2102, § 6 ; M. Valette, *Priv. et hyp.*, p. 90 ; et M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 378.

(6) Rouen, 3 janv. 1863, S., 64, 2, 121.

(7) Voy. *sup.*, n. 2868.

rétention contre le débiteur. On ne peut retenir que ce qu'on détient. Toutefois, c'est surtout en ce qui touche le privilége, que l'importance de la possession se révèle, parce que c'est le jeu et le frottement des intérêts contraires du privilégié et des tiers qui, le plus souvent, en font comprendre la nécessité. C'est donc surtout sous ce point de vue que nous aurons à nous en occuper.

2870. Aux termes de l'article 2076 du Code civil, dont la disposition a été textuellement reproduite par le nouvel article 92 du Code de commerce, le privilége ne subsiste sur le gage, qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. Le créancier est mis en possession par la délivrance qui lui est faite de la chose, soit par une tradition manuelle et matérielle, soit par une tradition feinte, mais qui n'en est pas moins réelle dans ses effets. J'ai prouvé l'égale efficacité de ces deux modes de tradition, dans l'accomplissement de toutes les obligations de donner, et conséquemment pour la constitution du gage, soit en matière commerciale, soit en matière civile (1); et elle est établie très-clairement par le nouvel article 92, du Code de commerce, qui, plus général que l'ancien article 93, subordonne le privilége du créancier gagiste, commissionnaire ou bailleur de fonds sur les marchandises qui lui sont données en gage, à cette condition que les marchandises soient à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou qu'avant qu'elles soient arrivées il en soit saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture.

Entrons sur ces divers points dans quelques explications.

2871. On doit entendre par magasins du prêteur, commissionnaire ou bailleur de fonds, tous les lieux où la marchandise est à sa disposition, et non pas seulement ses magasins proprement dits. Sous ce rapport, les magasins d'un tiers peuvent être réputés les magasins du commissionnaire si ce tiers le représente (2). Mais je ne partage pas l'avis de MM. De-

(1) Voy. *sup.*, t. III, n. 1597 et suiv.

(2) M. Pardessus, n. 1288 ; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, n. 408; M. Alauzet, t. I, n. 436.

lamarre et Lepoitvin, qui pensent qu'il y a tradition suffisante par cela seul que l'emprunteur tient les marchandises dans son propre magasin à la disposition du commissionnaire, sous prétexte que le commettant devient alors l'entrepositaire du commissionnaire, et remplit, à son égard, l'office d'une tierce personne (1). Il faut, pour la réalité et l'efficacité de la tradition non-seulement que la marchandise soit à la disposition du commissionnaire, mais encore qu'il y ait dessaisissement effectif du commettant. Si celui-ci se borne à tenir ses marchandises à la disposition du commissionnaire tout en les conservant dans ses magasins, le commissionnaire a sans doute le droit d'en prendre possession, mais on ne peut dire qu'il en ait la possession actuelle, condition formellement exigée, pour qu'il soit saisi, par l'article 2096 du Code civil et par l'article 92 du Code de commerce.

Mais le magasin du débiteur peut devenir celui du créancier gagiste lorsque les clefs lui en ont été remises de sorte que seul il puisse y pénétrer et que les marchandises qui lui ont été données en gage soient à sa disposition exclusive (2).

Quant au navire du créancier gagiste, la marchandise qui s'y trouve est en sa possession aussi bien que si elle était à terre dans son magasin ou dans tout autre local équivalent. La loi nouvelle a fait disparaître tout doute sur ce point.

2872. Le créancier gagiste est également saisi par le dépôt de la marchandise dans un dépôt public tel que la douane, pourvu que la marchandise y soit à sa disposition, parce que ce dépôt, et la mise à la disposition du créancier, ont pour conséquence nécessaire le dessaisissement du débiteur. La marchandise peut, dans ce cas, être mise à la disposition du créancier gagiste, soit par la remise des clefs des magasins où se trouve la marchandise (3), soit par un transfert sur

(1) *Ibid.*

(2) M. Troplong, *Du nantissement*, n. 299; M. Duranton, t. XVIII, n. 531; M. Pont, *Du gage*, n. 1125; MM. Aubry et Rau, t. III, § 433, note 16; Aix, 21 fév. 1850, S., 50, 2, 570. — Voy. cependant en sens contraire, un arrêt de la Cour de la Martinique, du 4 mars 1868, S., 71, 1, 41.

(3) Aix, 21 fév. 1850, S., 51, 2. 578.

les registres de la douane (1), soit par la remise de la facture qui a rendu le créancier propriétaire de la marchandise : cette remise qui ne suffirait pas pour opérer la délivrance relativement aux tiers, si le débiteur avait la détention matérielle de la marchandise, suffit, quand cette marchandise est dans un dépôt public, pour la mettre à la disposition du créancier gagiste (2).

2873. Du reste, le gage, livré au créancier et mis à sa disposition, soit dans ses magasins, soit dans un dépôt public, ne cesse pas d'être en sa possession parce que le débiteur aurait été chargé de donner ses soins à la chose qui fait l'objet du gage, alors surtout qu'il s'agit de marchandises qui, par leur nature et pour leur conservation, exigent des connaissances spéciales. Et il en est ainsi, par exemple, alors même que les clefs des lieux où sont déposées les choses qui font l'objet du gage auraient été momentanément remises au débiteur, à l'effet de donner à ces choses les soins qu'elles réclament et qu'il doit leur donner. Cette remise de clefs, dans un but déterminé et passager, ne porte aucune atteinte à la possession du gagiste qui subsiste de fait et d'intention (3). A plus forte raison en serait-il ainsi si c'était un tiers qui avait été chargé de donner des soins à la chose, et auquel eussent été, à cet effet, confiées les clefs des magasins (4). Mais on comprend qu'il en serait autrement si les marchandises n'avaient pas été déplacées. La détention réelle que le débiteur en conserverait, jointe aux soins qu'il leur donnerait, soit par lui-même, soit par ses ouvriers, ne laisserait aucune place à la possession du créancier (5).

2874. La tradition de la marchandise au créancier gagiste, par une mise à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public, suppose que la marchandise est actuellement

(1) Cass., 17 juin 1847, S., 47, 1, 401, D., 47, 2, 161; M. Troplong, *Du nantissement*, n. 308.

(2) Sur les effets de la facture, Voy. *sup.*, t. III, n. 1604 et suiv., et *sup.*, n. 2448 et suiv.

(3) Cass., 11 août 1842, S., 42, 1, 925.

(4) Paris, 7 août 1841, D., 42, 2, 219.

(5) Paris, 20 mai 1841, D., 41, 2, 218.

et matériellement sous la main des parties ou de l'une d'elles, et que, si elle a voyagé, elle est arrivée à sa destination momentanée ou définitive. Quand elle est encore en cours de voyage, le gagiste est valablement saisi ainsi que nous l'avons vu tout à l'heure par une lettre de voiture ou par un connaissement.

La lettre de voiture est l'acte qui règle les conditions d'un transport d'effets ou marchandises, entre l'expéditeur et l'entrepreneur de transport et le voiturier. Le connaissement est un acte portant reconnaissance de la part du capitaine d'un navire, des marchandises chargées sur ce navire, et engagement de les remettre en un lieu indiqué et à une personne désignée. C'est la lettre de voiture de la mer. La remise du connaissement ou de la lettre de voiture équivaut à la remise de la marchandise même, puisque le porteur du connaissement a seul qualité pour en exiger la délivrance. Toutefois, cela exige quelques explications.

2875. Le connaissement peut être à ordre, au porteur, ou à personne dénommée (1).

Quand le connaissement est à ordre, c'est une valeur négociable par voie d'endossement, comme les lettres de change et les billets à ordre. Celui à l'ordre duquel est passé le connaissement est donc saisi de la marchandise expédiée, dans le sens de l'article 97 du Code de commerce.

2876. Peu importe, à cet égard, et pour la validité du nantissement, que le connaissement soit passé à l'ordre du commissionnaire avant le départ de la marchandise ou pendant le voyage. Il n'y a aucune raison pour qu'on ne puisse faire pendant le voyage ce qu'on pouvait faire avant que la marchandise fût en route. L'article 92 qui se borne à exiger que le créancier soit saisi par un connaissement avant l'arrivée de la marchandise ne laisse aucun doute sur ce point.

2877. Mais est-il nécessaire, pour que le créancier soit valablement saisi au moyen d'un connaissement à son ordre et qu'il ait un privilége opposable aux tiers, que l'endossement passé à son profit soit régulier et conforme à l'article 137 du

(1) C. com., 281.

Code de commerce ? On sait qu'aux termes de cet article l'endossement doit être daté ; exprimer la valeur fournie, et énoncer le nom de celui à l'ordre duquel il est passé ; et que, suivant l'article 138, si l'endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'article 137, il n'opère pas le transport et n'est qu'une procuration. La question est donc de savoir jusqu'à quel point ces dispositions sont applicables à la transmission par voie d'endossement d'un connaissement à ordre, quand cet endossement n'a d'autre but que la constitution d'un gage sur les marchandises portées au connaissement.

2878. Je pense, d'abord, que l'endossement doit être daté, soit pour pouvoir être opposé aux tiers qui auraient acquis des droits particuliers sur les marchandises, et auxquels l'antériorité de la constitution du gage serait de nature à préjudicier ; soit, en cas de faillite du débiteur, pour qu'on puisse reconnaître s'il avait encore la capacité nécessaire pour conférer un privilége au préjudice de la masse de ses créanciers (1).

2879. Je pense également que l'endossement doit énoncer le nom de celui à l'ordre duquel il est passé, pour qu'on puisse reconnaître si celui qui prétend s'en prévaloir est bien celui à qui l'endosseur ou l'expéditeur ont entendu donner un privilége. Sur ces deux points, la solution de la question se puise plutôt dans les principes généraux et dans la nature des choses que dans l'application des articles 137 et 138 du Code de commerce.

2880. La difficulté se concentre donc, en définitive, sur le point de savoir si l'endossement, qui est irrégulier, faute d'énonciation de la valeur fournie, suffit pour saisir le porteur, de telle sorte qu'il soit réputé nanti des marchandises portées au connaissement, ou s'il ne peut être nanti que par un endossement régulier et comprenant, outre les autres énonciations nécessaires, celle d'une valeur fournie.

Je crois cet endossement irrégulier suffisant pour saisir celui qui en est porteur, des marchandises qui en font l'objet. Et voilà sur qoi je me fonde.

(1) Voy. *inf.*, n. 2887.

Aux termes de l'article 93 du Code de commerce, le créancier gagiste est reputé avoir les marchandises en sa possession, lorsqu'avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement. La raison en est, que le connaissement met les marchandises à sa disposition, en lui donnant le droit exclusif, et, qui plus est, en lui imposant le devoir d'en demander la délivrance au capitaine, et d'en avoir ainsi la détention matérielle (1). Or, ce droit exclusif lui appartient en vertu d'un endossement irrégulier, aussi bien qu'il lui appartient en vertu d'un endossement régulier, car il ne peut lui être contesté ni par le débiteur, ni par les tiers.

Ce droit ne peut lui être contesté par le débiteur. En effet, quoique le débiteur ait transmis le connaissement au commissionnaire par la voie d'un endossement irrégulier qui ne vaut que comme procuration, cependant ce n'est pas là une procuration ou un mandat ordinaire. Donné et reçu en vue des avances ou du prêt qui régularisent, en quelque sorte, l'endos, et autant dans l'intérêt du mandant qui fait les avances que dans l'intérêt du mandataire qui les reçoit, il est irrévocable par le mandant, parce que le commissionnaire est un *procurator in rem suam* (2); de telle sorte que le débiteur, lié par le mandat en vertu duquel le créancier a le droit de se faire délivrer matériellement la chose donnée en gage, ne peut reprendre la possession, soit virtuelle, soit réelle de cette chose.

Ce droit ne peut lui être contesté par les tiers, car le créancier *procurator in rem suam*, ayant un droit réel sur les marchandises portées au connaissement, ne peut être traité par eux comme un mandataire simple, et dans leurs rapports avec lui ils sont forcés de tenir compte des conventions qu'il a faites sans fraude avec le débiteur. Lorsque la marchandise est entrée dans les magasins d'un consignataire qui a fait des avances et qui est, sans contredit, le mandataire du propriétaire de la marchandise, soit pour la conserver, soit pour la vendre, il n'est pas douteux que les tiers ne seraient pas rece-

(1) Cass., 17 août 1859, S., 60, 1, 61; 31 mai 1869, D., 69, 1, 302.

(2) Voy. M. Troplong, *Du mandat*, n. 718, et *Du nantissement*, n. 333.

vables à prétendre que le consignataire n'est autre chose qu'un mandataire ou un dépositaire : les avances qu'il a faites ajoutent une qualité nouvelle à celles qu'il avait déjà, et ces qualités sont inséparables pour les tiers comme pour le débiteur. De même, lorsque le commissionnaire, au lieu de détenir matériellement les marchandises dans ses magasins, constate l'expédition qui lui en est faite, par un connaissement qui le constitue mandataire, les avances dont il justifie lui donnent des droits parallèles aux obligations qu'il a remplies, et les tiers ne peuvent pas plus que le débiteur contester la nature et l'irrévocabilité du mandat.

Ces considérations me paraissent répondre victorieusement aux objections, qui, parties de points opposés, arrivent cependant à conclure dans le sens de la nécessité d'un endossement régulier. Ainsi, d'un côté, selon la Cour de cassation (1) et selon M. Devilleneuve (2), le commissionnaire gagiste n'est nanti par un connaissement à son ordre, que lorsque l'ordre résulte d'un endossement régulier, parce que l'endossement irrégulier ne vaut que comme procuration, et que l'expéditeur peut, en révoquant le mandat, empêcher le mandataire de se saisir de la marchandise ; tandis que, s'agissant d'un mandat irrévocable, le mandataire a sur la chose un droit qui n'est pas de concession, mais d'obligation, et que, par cette raison, il n'est pas au pouvoir du mandant de lui enlever. Et, d'un autre côté, M. Troplong, qui prouve très-bien l'irrévocabilité du mandat (3), ne se prononce pas moins contre l'endossement irrégulier, sous prétexte que le commissionnaire, constitué simple mandataire par cet endossement, est passible de toutes les exceptions qu'on pourrait opposer au mandant (4), par exemple, de l'exception du vendeur non payé qui exercerait la revendication, ou des créanciers ordinaires qui prétendraient exercer leurs droits sur la marchandise, comme si les tiers pouvaient faire abstraction de l'irrévocabilité du mandat et de la cause de cette irrévocabilité.

(1) Arrêts des 1er mars 1843, S., 43, 1, 185; 25 juill. 1849, S., 52, 1, 612; et 30 janv. 1850, S., 50, 1, 241.
(2) Observations sur un arrêt de Douai du 5 janv. 1844, 44, 2, 257.
(3) *Du nantissement*, n. 333.
(4) *Ibid.*, n. 334.

Je concevrais très-bien l'objection de M. Troplong si, pour la validité du gage à l'égard des tiers, le gagiste devait nécessairement avoir les apparences d'un droit de propriété. Mais dans le gage, même le plus régulièrement constitué par un acte exprès, il n'en a ni l'apparence, ni la réalité. Il y a un abîme si profond entre les droits du gagiste et ceux du propriétaire, que le gagiste ne peut disposer de la chose (1), ou qu'il ne le peut que s'il y est autorisé par le débiteur qui la lui a donnée en gage (2). Il ne possède donc, en réalité, que pour le compte du propriétaire, et comme son mandataire, soit pour conserver, soit pour vendre. Comment, dès lors, pourrait-on exiger, quand il s'agit d'une marchandise qui voyage et dont le gagiste est nanti, aux termes de l'article 93 du Code de commerce, s'il prouve par un connaissement l'expédition qui lui en a été faite, que ce connaissement lui ait été transmis par un endossement régulier opérant transport; puisque, en définitive, ce n'est pas un transport qui a été dans l'intention des parties, mais un simple mandat? Ne suffit-il pas, dès lors, que le connaissement mette la marchandise à la disposition du commissionnaire, de telle manière que seul il puisse, en qualité de destinataire, en obtenir la délivrance du capitaine et en avoir ainsi la détention matérielle? Or, je crois avoir prouvé que ce droit lui appartient en vertu de l'endossement irrégulier qui, placé en regard des avances par lui faites, lui donne un mandat que le débiteur ne peut révoquer, et une saisine que les tiers ne peuvent pas plus contester que celle qui résulterait d'un acte écrit de nantissement, suivi d'une délivrance réelle.

A ces raisons de droit, ajoutons une considération qui, pour être une considération de fait, n'en est pas moins puissante. On comprend que lorsqu'un endossement a pour objet une cession ou une vente, il doive énoncer la valeur fournie qui est le prix de la vente ou de la cession. Mais, lorsqu'il s'agit d'un contrat de commission et de nantissement subordonné à l'acceptation du commissionnaire ou du prêteur, et à des

(1) C. civ., 2078, Voy. *inf.*, sect. III.
(2) C. comm., 94, Voy. *inf.*, *ibid.*

avances qui ne sont pas faites, qui ne seront peut-être pas faites, et dont le montant est incertain au moment où le connaissement est passé à l'ordre du commissionnaire, souvent hors sa présence et dans un autre lieu, comment pourrait-on exiger l'énonciation d'une valeur fournie, quand il n'y a pas encore de valeur fournie? En présence de cette impossibilité de fait et de droit, n'est-il pas exact de conclure que les avances postérieures complètent le contrat; qu'il y a en réalité valeur fournie quand il y a des avances justifiées, et que le contrat de nantissement, ébauché par l'endossement du connaissement sans énonciation de valeur fournie, est devenu parfait et par suite opposable aux tiers, par les avances postérieures qui en sont devenues la cause et le prix? L'affirmative de ces questions me semble aussi équitable que juridique, et elle a en sa faveur un arrêt très-fortement motivé de la Cour de Douai, que je crois devoir, en terminant, mettre sous les yeux du lecteur : « Attendu que, pour juger de la validité d'un contrat et du titre qui le constate, il faut considérer quelle est la nature de ce contrat; — attendu qu'il s'agit dans la cause, non d'une convention de vente ou de cession, mais d'un contrat de mandat ou de commission; — que, par ce contrat, Lecomte n'a transmis à Cavrois aucun droit de propriété sur les marchandises à lui expédiées ; — qu'il l'a seulement chargé de recevoir et de vendre pour son compte lesdites marchandises, sur lesquelles il lui a demandé des avances; — que relativement à un tel contrat, il n'a été ni pu être question entre les parties, ni de prix de vente, ni de valeur fournie en retour d'une chose qui ne passait pas dans le domaine du commissionnaire; — attendu que l'endossement n'est autre chose qu'un écrit destiné à constater le contrat intervenu entre l'endosseur et le porteur; — que si le contrat est translatif de propriété, comme il arrive le plus souvent en fait de lettres de change, de billets à ordre et de contrats à la grosse, l'endossement doit énoncer le prix de la vente, c'est-à-dire la valeur fournie par le cessionnaire au cédant; mais que par la nature même des choses, il en est autrement si la propriété reste à l'endosseur et n'est pas transmise au porteur; — que la loi elle-même consacre ces

principes par l'article 138, qui n'annule pas l'endossement qui ne renferme pas toutes les énonciations de l'article précédent, mais qui lui imprime seulement le caractère d'une procuration; — attendu que la transmission d'un connaissement par un commettant à son commissionnaire, dans le cas des articles 91 et suivants du Code de commerce (cet endossement n'étant qu'un mandat), ne doit pas, pour être valable, exprimer la valeur fournie; — que la nature de la convention est même exclusive de la possibilité d'une telle mention; — que l'expression d'une valeur fournie ferait dégénérer en un autre contrat la convention réellement intervenue entre les parties; — que le commettant peut et doit d'autant moins exprimer une telle valeur, que l'endossement a lieu le plus souvent hors la présence du commissionnaire, même à son insu, et à l'occasion d'un contrat qui ne reçut sa perfection que postérieurement et par l'acceptation du commissionnaire... (1). »

Je crois fermement que c'est là la bonne doctrine.

2881. Quand le connaissement est au porteur, il appartient, et les marchandises sont réputées expédiées, à celui qui le représente : sur ce point, pas de difficulté possible (2).

2882. Si le connaissement est à personne dénommée, la personne dénommée seule peut être saisie de la chose, par la remise du connaissement, et être considérée à l'égard des tiers comme le destinataire de la marchandise. Ce connaissement ne peut être transmis que par un acte particulier, signifié au détenteur de la marchandise, comme lorsqu'il s'agit du nantissement d'une créance (3). Il ne pourrait l'être par la voie de l'endossement : ce mode de transmission, appliqué à des obligations qui ne sont pas à ordre, est complétement nul et inefficace quant à la transmission d'un droit réel. Tout au plus, l'endos d'un connaissement non négociable par voie d'ordre pourrait-il équivaloir à un mandat de recevoir la marchan-

(1) S., 44, 2, 257. — Voy. aussi Rouen, 9 déc. 1847, S., 48, 2, 201, et M. Alauzet, t. I, n. 440 et suiv. — Voy. encore Cass., 6 déc. 1852, S., 53, 1, 612.

(2) Cass., 16 juin 1860, S., 61, 1, 541.

(3) Valin, sur l'article 3, tit. X, liv. II, de l'ord. de 1681. — Voy. *inf.*, n. 2889.

dise ; mais ce serait un mandat simple, qui ne pouvant être légalement présumé fait dans l'intention de conférer au mandataire un droit réel sur la marchandise, et ne se liant pas par conséquent aux avances que ferait le mandataire, ne pourrait changer de nature par le fait de ces avances, ni conférer au mandataire un droit privatif sur les marchandises. Il y a, en effet, cette différence remarquable entre l'endossement irrégulier d'un connaissement à ordre et l'endossement, même régulier, d'un connaissement qui n'est pas à ordre, que l'endossement irrégulier est susceptible de régularisation et peut alors, à titre de mandat *in rem suam*, conférer un droit réel au porteur ; tandis que l'endossement régulier d'un connaissement qui n'est pas à ordre, nul, dès le principe, comme acte translatif d'un droit réel, ne peut jamais être qu'un mandat simple, auquel les circonstances postérieures, qui lui sont étrangères, ne sauraient donner un caractère autre que celui qu'il avait dans l'origine.

2883. Les questions auxquelles donne lieu la transmission du connaissement ou des droits qui en résultent se représentent à l'occasion de la lettre de voiture, mais avec certaines modifications.

L'article 102 du Code de commerce, qui décrit la forme de la lettre de voiture, ne dit pas pour cet acte, comme l'article 281 pour le connaissement, qu'elle peut être à ordre, au porteur ou à personne dénommée. Cet article semble même supposer que la lettre de voiture doit être à personne dénommée, puisqu'il porte qu'elle doit exprimer le nom de celui à qui la marchandise est adressée. Néanmoins, on voit des lettres de voiture à ordre ; et à vrai dire, l'usage qui a introduit cette forme, outre qu'il peut s'autoriser de l'analogie qui existe entre la lettre de voiture et le connaissement, n'est pas en réalité contraire à la disposition de l'article 102, qui exige que la lettre de voiture énonce le nom de celui à qui la marchandise est adressée, puisque cette énonciation s'y rencontre aussi bien, quand elle est à l'ordre du destinataire, que lorsqu'elle est à personne dénommée.

Lors donc que la lettre de voiture est conçue à ordre, elle

peut être transmise par la voie de l'endossement, soit régulier, soit irrégulier, de même que le connaissement. Ici s'appliquent les développements dans lesquels je suis entré tout à l'heure sur l'endossement irrégulier (1).

2884. Mais quand la lettre de voiture n'est pas à ordre, ce qui a lieu le plus fréquemment, il n'est pas douteux qu'elle ne peut pas plus être transmise par la voie de l'endossement, que tout autre titre d'obligation dans le corps duquel on n'aurait pas stipulé ce mode particulier de transmission. L'usage, il est vrai, est contraire, et cet usage paraît se fonder précisément sur ce que la loi n'autorise pas expressément les lettres de voiture à ordre; d'où l'on a voulu conclure fort illogiquement que les lettres de voiture ne pouvant être à ordre, on doit permettre leur transmission par voie d'endossement, bien qu'elles soient à personne dénommée, sous peine de rendre la marchandise indisponible entre les mains du destinataire, tant qu'elle est encore en route (2). Mais à cela deux réponses : la première, qu'on peut faire les lettres de voiture à ordre, ce qui pare à tous les inconvénients auxquels l'usage a eu pour but de remédier; la seconde, que si la loi avait expressément défendu les lettres de voiture à ordre, c'est qu'elle aurait entendu par cela même défendre leur transmission par voie d'endossement, et que l'usage contraire serait doublement illégal, en ce qu'il admettrait un mode de transmission qui serait contraire et aux règles particulières de la lettre de voiture et aux principes généraux sur l'endossement. Concluons de là que les lettres de voiture ne sont transmissibles par voie d'endossement, à l'effet de conférer au porteur le privilége du gagiste, que lorsqu'elles sont stipulées transmissibles par voie d'ordre. C'est ce que la Cour de cassation a jugé le 12 janvier 1847, et le 26 janvier 1848 (3).

2885. A plus forte raison l'expédition, faite à un commissionnaire, de marchandises sur lesquelles il a fait des avan-

(1) Voy. *sup.*, n. 2880.

(2) C'est ce qui résulte de parères produits devant la Cour de cassation, lors de l'arrêt du 12 janvier 1847 cité ci-après.

(3) S., 47, 1, 273; et 48, 1, 209. — Voy. en sens contraire, Cass., 18 janv. 1860, S., 60, 1, 737.

ces, n'est pas suffisamment constatée de manière à lui faire obtenir un privilége sur la valeur des marchandises expédiées, par un récépissé adressé au commissionnaire, si ce récépissé ne renferme pas toutes les conditions essentielles aux lettres de voiture (1).

2886. De l'article 2076 du Code civil et du nouvel article 92 du Code de commerce, il résulte qu'il ne suffit pas, pour que le gagiste ait privilége, qu'il ait été mis en possession : il faut, de plus, qu'il reste en possession de la chose. C'est de la possession que naît le droit de rétention opposable au débiteur et aux tiers; le droit de rétention cesse donc avec la possession. Il suit de là que si un commissionnaire, après avoir reçu des marchandises en consignation, les réexpédie au commettant avant d'être remboursé de ses avances, il perd le privilége qu'il avait sur ces marchandises. Mais il faut pour cela que les marchandises réexpédiées voyagent pour le compte du commettant ; si elles voyageaient pour le compte du commissionnaire, au nom duquel serait le connaissement, ou la lettre de voiture, le commissionnaire en conserverait la possession jusqu'à ce qu'elles fussent entrées dans les magasins du commettant ou de son représentant, et son privilége subsisterait pendant le même temps (2).

2887. Nous avons vu plus haut (3) que le failli est incapable de constituer un gage pour une dette échue ou non échue antérieure à sa cessation de payements ou aux dix jours qui précédent cette cessation; mais qu'il peut constituer un gage pour une dette contractée depuis sa cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent, lorsque cette dette a été contractée sous la condition qu'un gage serait fourni. De là, la question de savoir si, lorsqu'un gage a été promis et convenu avant la cessation de payements et les dix jours, la chose promise peut encore être utilement livrée au créancier après la cessation de payements ou dans les dix jours qui la précè-

(1) Cass., 12 fév. 1850, S., 50, 1, 246, et 13 nov. 1850, S., 50, 1, 769.
(2) Cass., 18 avril 1843, S., 43, 1, 526.
(3) Voy. *sup.*, n. 2810.

dent. Je pense que le privilége du gage, n'existant que par la tradition qui en est la condition substantielle, le gage n'est véritablement constitué que par cette tradition; d'où la conséquence que cette tradition ne peut avoir lieu après la cessation de payements ou dans les dix jours qui la précèdent (1). On argumenterait à tort de l'article 448 du Code de commerce, suivant lequel les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis peuvent être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. Le privilége du gagiste n'est acquis que par la tradition; il ne suffit pas, pour qu'il soit acquis, qu'un gage ait été promis ou stipulé, puisque la tradition est de l'essence du gage; et dès lors ce privilége se trouve atteint par la disposition finale de l'article 446, qui déclare nuls toute hypothèque conventionnelle et judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissements constitués depuis la cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent, sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. C'est là d'ailleurs un point sur lequel je reviendrai bientôt en traitant du nantissement des créances (2).

2887 *bis*. Mais lorsqu'un gage a été régulièrement constitué avant la cessation de paiements du débiteur, celui-ci peut-il dans l'intervalle qui sépare la cessation de paiements de la déclaration de faillite, substituer un nouvel objet à celui qui avait été primitivement donné en gage?

Il est d'abord certain que si, avant de recevoir un nouveau gage, le créancier s'était dessaisi de celui qu'il avait primitivement reçu, la substitution s'appliquant à une créance qui n'est plus garantie constituerait un nantissement nouveau qui, s'agissant d'une dette antérieurement contractée, serait atteint par la disposition prohibitive de l'article 446 du Code de commerce. C'est ce qui a été jugé par la cour de cassation le 29 mars 1865 (3).

Si, au contraire, le créancier ne s'était pas dessaisi du gage

(1) Voy. en sens contraire, Cass., 7 juill. 1753, S., 54, 1, 397.
(2) Voy. *inf.*, n. 2889.
(3) S., 65, 1, 221.

primitif au moment où le gage nouveau lui est remis en remplacement du premier, la substitution serait-elle valable, et le privilége du créancier serait-il transporté du premier gage sur le second? je ne le crois pas davantage. C'est toujours un nouveau gage qui est constitué puisqu'il s'agit de soustraire à l'action commune de tous les créanciers pour la soumettre au privilége d'un créancier spécial, une chose qui jusqu'alors était restée libre entre les mains du débiteur. Il ne serait certainement pas permis au débiteur d'ajouter un gage nouveau au gage ancien qui serait maintenu. Pourquoi lui serait-il permis sous prétexte que le créancier a perdu son privilége sur un gage primitif de transporter ce privilége sur une autre chose qui jusque-là en était affranchie? Le privilége du gagiste est spécial et porte sur la chose qui au moment du contrat en a été conventionnellement grevée. Il faut une nouvelle convention pour transporter ce privilége sur une autre chose, et cette convention ne peut intervenir après la cessation de paiements du débiteur.

2888. Du reste, si la tradition avait lieu par la remise d'un connaissement ou d'une lettre de voiture, je pense avec M. Troplong (1) qu'elle serait faite en temps utile, pourvu que le connaissement ou la lettre de voiture aient été envoyés au commissionnaire avant la faillite, bien qu'ils ne lui soient parvenus qu'après.

2889. Jusqu'ici, nous ne nous sommes occupé que du nantissement qui a pour objet des choses matérielles, telles que des denrées ou marchandises. Il y a d'autres règles pour l'établissement du privilége, quand le gage a pour objet des meubles incorporels, tels que des créances.

Aux termes de l'article 2075 du Code civil, le privilége du gagiste ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. Et cette disposition du droit commun a été spécialement appliquée au gage commercial par le nouvel arti-

(1) *Du nantissement*, n. 348.

cle 91 du Code de commerce, aux termes duquel il n'est pas dérogé à l'article 2075 du Code civil en ce qui concerne les créances mobilières dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Il faut en effet que le gagiste soit saisi de la créance. Or, de même qu'en matière de cession ou de transport de la propriété, c'est la signification au débiteur de la créance cédée qui saisit le cessionnaire à l'égard des tiers; de même, dans la transmission ou dans le transport à titre de gage, c'est la signification qui saisit le gagiste à l'égard des tiers et lui confère un privilége susceptible de leur être opposé (1).

2890. Et comme cette signification n'est pas exigée pour la preuve du contrat de gage, mais pour sa constitution et pour la saisine qui en est une condition essentielle, il en résulte qu'elle est nécessaire, même pour les créances de cent cinquante francs et au-dessous, bien qu'en ce qui les concerne le contrat de gage puisse être prouvé autrement que par un acte écrit.

2891. La signification de l'acte de nantissement d'une créance, saisissant le créancier de la chose donnée en gage, comme il en est saisi par la tradition quand il s'agit d'un meuble corporel, et étant la condition essentielle de la constitution du gage, il faut en conclure que cette signification ne peut plus être utilement faite, quand le débiteur ne pourrait plus constituer un gage ou livrer un meuble corporel. De là, il suit que cette signification n'est pas utilement faite après la cessation de payements du débiteur, quand le gage est constitué comme garantie d'une dette antérieure, échue ou non échue, alors même qu'il aurait été stipulé sans fraude avant la cessation de payements (2). Ici s'applique ce que j'ai déjà dit relativement à la constitution du gage consistant en un meuble corporel. Néanmoins, il a été jugé par la Cour de cassation, les 4 janvier 1847 et 19 juin 1848 (3), que l'acte de

(1) C'est du reste ce qui était admis par la jurisprudence même avant la loi du 23 mai 1863, et le nouvel article 91 du Code de commerce, V. Cass., 27 novembre 1865, S., 66, 1, 60.

(2) Voy. *sup.*, n. 2810.

(3) S., 47, 1, 161 ; et 48, 1, 465.

nantissement en créances mobilières, passé avant la faillite pour garantie d'un prêt, est valablement signifié après la cessation de payements. Ces arrêts se fondent sur ce que l'article 446 du Code de commerce ne range le contrat de nantissement dans la classe des actes nuls de plein droit, que lorsqu'il a été *constitué sur les biens du débiteur*, après la cessation de payements et dans les dix jours qui précèdent *pour dettes antérieurement contractées ;* sur ce que, dans l'espèce, le nantissement contracté en même temps que la dette, longtemps avant la cessation de payements, n'avait pas dès lors le caractère d'un privilége consenti ou d'une préférence accordée à une créance qui, dans le principe, aurait été privée de cette garantie, seul cas auquel s'applique la disposition finale de l'article 446 du Code de commerce ; enfin, sur ce que, si la signification du contrat au débiteur de la créance donnée en gage, quoique antérieure à la déclaration de faillite, est postérieure à l'époque de la cessation de payements, elle n'est pas et ne pouvait pas être le fait du failli, mais bien le fait exclusif du créancier nanti.

L'erreur capitale de cette suite de raisonnements consiste à supposer que le gage est constitué par cela même qu'il a été convenu ou stipulé, et avant que le créancier ait été saisi de la chose donnée en gage. Or, le contraire résulte clairement, tant de l'article 2076 du Code civil et de l'article 92 du Code de commerce, aux termes desquels il n'y a privilége que si le gage a été mis en la possession du créancier, que des articles 2075 et 91 du même code qui portent que le privilége du gagiste sur une créance ne s'établit que par un acte signifié au débiteur de la créance donnée en gage; d'où il faut forcément conclure que le gage n'est constitué que lorsque le gagiste est saisi de la chose et que la signification qui opère la saisine, quand c'est une créance qui est donnée en nantissement, est nécessaire à la constitution du gage. Lors donc que l'acte constatant le nantissement d'une créance, bien que rédigé avant la cessation de payements et pour une dette contractée avant la cessation de payements, est signifié depuis l'époque fixée par le jugement déclaratif comme étant celle

de la cessation de payements, le gage tombe sous le coup de la disposition finale de l'article 446 du Code de commerce, qui annule toute constitution de nantissement pour dettes antérieurement contractées.

Peu importe que la signification soit le fait du créancier nanti, et non du débiteur qui a donné le gage : cette circonstance ne fait pas que le gage soit constitué avant la signification ; et pour les tiers, à l'égard desquels cette signification est indispensable, la créance donnée en gage, bien que le titre en ait pu être matériellement détenu par le gagiste, est toujours restée en la possession du failli. C'est donc, en réalité, leur opposer un acte sans effet en ce qui les concerne, que de s'attacher à cette circonstance que la signification est le fait du créancier nanti. D'ailleurs, comme le fait très-bien remarquer M. Troplong (1), cet argument disparaît quand c'est un meuble corporel qui fait l'objet du gage, puisque alors le fait du débiteur intervient nécessairement pour faire passer la possession de la chose de sa personne à son créancier. En ce qui concerne les meubles corporels, la constitution du gage est donc condamnée par l'article 446, quand elle a lieu aux époques déterminées par cet article. Comment, dès lors, admettre que la prise de possession des meubles incorporels puisse être effectuée à une époque où ne peut plus s'effectuer celle des meubles corporels? Les arrêts des 4 janvier 1847 et 19 juin 1848 ne reposent donc sur aucun motif juridique et ne me paraissent pas de nature à modifier l'opinion généralement adoptée (2).

2891 *bis*. Quant au nantissement consenti par le failli depuis sa cessation de paiement pour une dette contractée dans le même acte, il n'est valable qu'autant que cet acte a précédé le jugement déclaratif de faillite et a été signifié antérieurement à ce jugement (3).

(1) *Du nantissement*, n. 276.

(2) Colmar, 17 janvier 1866, S., 66, 2, 218 ; M. Renouard, *Des faillites*, t. I, p. 373 ; M. Alauzet, t. IV, n° 1694. — *Contrà*, M. Esnault, t. I, n° 202 ; M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 248, note ; M. Pont, *Du nantissement*, n. 1112.

(3) Cass., 18 juin 1862, S., 62, 1, 865.

2892. La signification de l'acte de nantissement n'est pas d'ailleurs le seul élément de la prise de possession du créancier gagiste. Il faut, de plus, la tradition par la remise du titre de la créance donnée en gage (1).

2893. De là il résulte que, lorsqu'une créance est sans titre, on ne peut la donner en gage, puisqu'il serait impossible d'en opérer la tradition (2).

2894. Comme on le voit, la constitution du gage en matière de créances a lieu dans la même forme que s'il s'agissait d'en transmettre la propriété. Il suit de là que, lorsqu'il s'agit de valeurs transmissibles par voie d'ordre ou d'endossement, elles sont valablement données en gage par simple endossement et sans qu'il soit nécessaire de recourir à un acte de gage, conformément à l'article 2075 du Code civil. Quel effet produirait un acte de gage signifié, que ne produit pas l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, puisque cet endossement saisit le porteur aussi complétement que peut le faire un acte séparé, signifié au débiteur de la créance cédée ou donnée en gage? Pourquoi, dès lors, recourir à une formalité inutile et qui n'aurait d'autre résultat que de compliquer, en pure perte de temps et d'argent, la simplicité économique des rapports commerciaux? Aussi avait-on conclu de là, avant la loi du 23 mai 1863 que l'article 2075 ne s'applique qu'aux créances qui ne peuvent être transmises que par acte notifié à celui qui les doit (3). Et la question a été formellement résolue en ce sens par le nouvel article 91 du Code de commerce.

2895. Quand l'endossement d'une lettre de change donnée en nantissement exprime que le porteur n'en est nanti qu'à titre de gage, par exemple, quand l'endossement en est causé *valeur en garantie*, il ne peut y avoir aucune difficulté sur l'étendue des droits du porteur, qui peut en toucher le mon-

(1) Duranton, t. XVIII, n. 525; Cass., 11 juin 1846, S., 46, 1, 444; Liége, 15 mai 1810, S., 3. 538; D., 40, 2, 50.

(2) Lyon, 31 janv. 1839, S., 39, 270.

(3) Cass., 17 mars 1829, S., 9, 1 253; 10 juin 1835, S., 35, 1, 690; 6 août 1845, S., 45, 1, 563; D., 45, 1, 392 et 18 juill. 1848, S., 468, 1, 609, et 31 mars 1863, S., 63, 1, 296.

tant, mais qui en doit compte à l'endosseur qui lui a donné l'effet en nantissement (1).

Quand, au contraire, l'endossement est causé de telle manière qu'il soit, en apparence, translatif de propriété, l'endosseur est-il recevable à prouver vis-à-vis de son cessionnaire malgré les termes dans lesquels il est conçu, que l'effet n'a été transmis qu'à titre de gage? La question était affirmativement résolue par la jurisprudence avant la loi du 23 mai 1863 (2). Et je ne crois pas que le nouvel article 91 du Code de commerce en disposant que le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut être établi par un endossement indiquant que les valeurs ont été remises en garantie, ait entendu déterminer d'une manière limitative les énonciations de l'endossement destiné à établir un gage sur les valeurs endossées. Il résulte au contraire du rapport présenté sur cette loi au Corps législatif que la disposition nouvelle n'a eu d'autre but que de trancher la question de savoir si l'endossement des valeurs négociables mentionnant qu'il est donné à titre de garantie peut établir le gage, et par suite le privilége qui en est la conséquence; mais elle laisse entière la question de savoir si l'endosseur ou ses créanciers qui exercent ses droits sont recevables à prouver vis-à-vis du cessionnaire immédiat que les valeurs ne lui ont été remises qu'à titre de nantissement. Or tous les moyens de preuves admis en matière commerciale sont admissibles pour établir quel est le contrat qui est en réalité intervenu entre les parties.

2896. Mais quand l'endossement est irrégulier, quand il n'énonce ni sa cause ni comment la valeur en a été fournie, le porteur est-il encore recevable à prouver, tant contre l'endosseur que contre les tiers, qu'il a reçu l'effet, non à titre de simple mandat, mais à titre de gage? Je l'avais pensé en appliquant à cette question les solutions que j'ai adoptées sur des questions analogues (3). Mais le nouvel article 91 tranche la

(1) Voy. l'arrêt précité du 6 août 1845, et celui du 31 mars 1863.

(2) Cass., 10 juin 1835, S., 35, 1. 689; D., 35, 1, 262; M. Alauzet, t. II, n. 855. — Voy. *sup.*, n. 2573.

(3) Voy. *sup.*, t. III, n. 1837 et suiv., et *sup.*, n, 2573 et 2574.

question dans un sens contraire en exigeant un endossement régulier pour établir le gage sur les valeurs négociables.

2897. Ce qui vient d'être dit des lettres de change et des billets à ordre s'applique à toutes les valeurs transmissibles par voie d'ordre, tels que les contrats à la grosse et les actions à ordre dans les compagnies ou sociétés de commerce (1).

2898. Quant aux billets, obligations ou actions au porteur qui sont transmissibles par la simple tradition manuelle, il semble qu'ils devraient pouvoir, de la même manière, être donnés en gage, et que la remise qui en est effectuée vaut autant que l'endossement des obligations à ordre (2). Toutefois, avant la loi du 23 mai 1863, la question était controversée, et des décisions nombreuses voulaient que les actions ou titres au porteur ne pussent être donnés en gage par la simple tradition qui suffit pour en transporter la propriété, et exigeaient un acte écrit conforme aux dispositions des art. 2074 et 2075 du Code civil (3).

Mais aujourd'hui, en présence de la généralité des termes du nouvel article 91 du Code de commerce toute discussion doit cesser, et pour les valeurs au porteur, comme pour les objets mobiliers, la constitution du gage commercial s'établit conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce (4).

Il est à remarquer d'ailleurs que les créanciers seuls peuvent être reçus à contester la validité du nantissement opéré au moyen d'une simple tradition, et que le tiers qui se prétendrait propriétaire de ces titres ne pourrait être admis à les revendiquer, entre les mains du gagiste qui les a reçus de bonne foi de celui qui les avait en sa possession. C'est là une consé-

(1) Rouen, 22 avril 1837, S., 37, 2, 375.

(2) Bordeaux, 17 avril 1845, S., 43, 2, 454 ; et Paris, 8 fév. 1854, S., 54, 2, 320 ; et 30 mars 1856, S., 56, 2, 408. — Voy. aussi Cass., 23 janv. 1860, S., 60, 1, 543.

(3) Cass., 11 août 1847, S., 47, 1, 41 ; 19 juin 1860, S., 60, 1, 689 ; Rouen, 24 janv. 1861 ; Amiens, 2 mars 1861, S., 61, 2, 159 et 207 ; Alger, 9 juin 1862, S., 62, 2, 385 ; Cass., 30 nov. 1864, S., 64, 1. 503.

(4) Voy. l'exposé du motif de la loi du 23 mai 1863. Voy. aussi Cass., 5 juin 1872 (aff. Merkens).

quence nécessaire du principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre (1).

2899. Mais, dans tous les cas où des valeurs commerciales ne sont ni négociables par voie d'ordre, ni au porteur, elles ne peuvent être données en gage, même pour sûreté d'une créance commerciale, qu'en observant les formalités prescrites par l'article 2075 du Code civil. C'est ce qui, avant la loi du 22 mai 1863, résultait clairement de ce que, dans tous les cas qui ne sont pas spécialement régis par une disposition particulière, le gage est soumis aux dispositions du Droit commun; c'est ce qui résultait aussi de la loi du 8 septembre 1830 qui, en réduisant à un droit fixe de 2 francs « les actes de prêt sur dépôts ou consignations de marchandises, *fonds publics français et actions des compagnies d'industrie ou de finance*, » suppose évidemment qu'il doit être passé acte des nantissements qui ont pour objet des créances ou des valeurs commerciales (2). C'est enfin ce qui résulte aujourd'hui du nouvel article 91 du Code de commerce aux termes duquel il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 2075 du Code civil en ce qui concerne les créances mobilières dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

2900. Il faut remarquer, cependant que lorsque la créance donnée en nantissement consiste en valeurs dont le transport ne peut s'opérer sans l'intervention du débiteur de cette créance, par exemple, lorsqu'il s'agit de rentes sur l'État dont le transfert, fait par un agent de change, doit être régularisé au trésor, le gagiste est saisi, par le fait seul de ce transfert, sans qu'il soit nécessaire de signifier l'acte de nantissement au trésor débiteur de la créance cédée. L'intervention du trésor dans l'opération du transfert équivaut à la signification qui lui en serait faite. Il y a plus, le transfert, dans la forme déterminée par les lois sur les effets publics (3) ne serait même pas nécessaire

(1) Cass., 22 juill. 1858, S., 60, 1, 591; et 23 janv. 1860, S., 60, 1, 513. V. la loi du 15 juin 1872 sur les titres au porteur.

(2) Voy. Montpellier, 4 janv. 1853, S., 53, 2, 266.

(3) Loi du 8 flor. an VII.

pour saisir le créancier gagiste ; un transport par acte notarié serait suffisant pour produire cet effet (1).

2900 *bis*. A l'égard des actions, des parts d'intérêt et des obligations nominatives des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, le gage peut, aux termes du nouvel article 91 du Code de commerce, être établi par un transfert à titre de garantie sur les registres de la société.

2901. On a prétendu affranchir les banques publiques des formalités générales prescrites pas les articles 2074 et 2075 du Code civil, et cette exception a été accueillie par la Cour de Bordeaux, pour la banque de cette ville, par un arrêt du 17 avril 1845 (2), d'après lequel la remise des valeurs suffirait pour les affecter à la garantie des prêts faits par les banques. En fait, cet arrêt se justifie par cette circonstance qu'il a été rendu dans une espèce où il s'agissait d'obligations au porteur. Mais, en droit, il est injustifiable. Les banques publiques ne pourraient prétendre à une position exceptionnelle que si leurs statuts, approuvés par une loi, dérogeaient en ce point à la loi générale : des statuts approuvés seulement par ordonnance ou par décret ne produiraient pas cet effet dérogatoire, parce qu'une ordonnance ou un décret ne peut pas déroger à une loi. Les banques publiques ne peuvent donc être nanties que dans les formes ordinaires requises selon la nature des valeurs qui leur sont données en gage (3).

2902. Quand on charge un agent de change d'acheter des effets publics, des actions ou autres valeurs dont la négociation se fait à la bourse, il est de règle de lui remettre des couvertures, c'est-à-dire le prix ou des valeurs représentatives du prix de celles qu'il est chargé d'acheter. Lorsque ces couvertures lui sont remises en espèces métalliques, en billets au porteur

(1) Paris, 13 janv. 1854, S., 54, 2, 209 ; et Dijon, 18 déc. 1855, S. 56, 2, 354. V. *sup.*, n. 2812.

(2) S., 45, 2, 450.

(3) Voy. la loi du 17 mai 1834 ; l'ordonn. du 15 juin 1834 ; et les décrets des 3 et 28 mars 1852, rendus en exécution de cette loi.

ou en effets passés à son ordre, il est clair qu'il est valablement nanti des valeurs qui lui sont remises à titre de propriétaire, à la charge par lui de payer celles qu'il a mandat d'acheter : sur ce point, pas de difficulté possible. Si, au contraire, l'agent de change n'est pas rendu propriétaire des valeurs qui lui sont remises pour le couvrir, par exemple, si son commettant se borne à lui remettre des titres de créances, même négociables mais non négociées, à titre de simple nantissement et comme garantie des avances ou des payements qu'il devra faire pour l'accomplissement de son mandat, il n'aura aucun privilége sur ces valeurs, à moins qu'on ne prouve l'établissement d'un gage dans la forme requise pour chacune de ces valeurs. Aucune loi n'accorde aux agents de change un privilége sur des valeurs, par cela seul qu'ils en ont la détention matérielle.

Je pense qu'il en serait ainsi, alors même que les valeurs remises à l'agent de change consisteraient en effets publics dont il aurait qualité pour faire la négociation. Il est bien évident que, si en chargeant un agent de change d'acheter pour moi 1,000 francs de rente 3 p. 0/0, je lui remets en même temps une inscription de rente 4 p. 0/0 de valeur égale ou supérieure que je le charge de vendre pour payer l'achat, il agit comme mon mandataire plutôt que comme mon créancier en vendant l'inscription de rente 4 p. 0/0, et que cette vente étant opérée au moyen d'un transfert qui ne peut avoir lieu sans mon concours, il est valablement couvert par la somme qu'elle a produite, sauf à me rendre compte et à me rembourser l'excédant. Mais, si achetant pour moi du 3 p. 0/0, il n'a pas vendu le 4, et s'est contenté de conserver entre ses mains, à titre de nantissement, l'inscription qui n'a pas cessé d'être en mon nom et de m'appartenir, il ne pourra prétendre à aucun privilége sur cette inscription ou sur sa valeur. Une prétention contraire, condamnée par les principes généraux de la matière, ne serait appuyée sur aucune disposition particulière.

On cite, comme favorable au privilége de l'agent de change, un arrêt de la Cour de Paris, du 22 mars 1832, qui jugerait, selon les arrêtistes, qu'en matière d'opérations de bourse le

contrat de nantissement peut se former, entre l'agent de change et son client, sans écrit, et par le seul fait de la remise entre les mains de l'agent de change de la valeur qui doit lui servir de garantie (1). Nous verrons tout à l'heure que cela peut être vrai, s'il s'agit uniquement du droit de rétention de l'agent de change contre son client; mais, en fait, l'arrêt ne juge rien de pareil, ni quant au droit de rétention, ni quant au privilége.

De quoi s'agissait-il? Le sieur Brun, agent de change, créancier du sieur Poisson pour négociations de bourse, s'était fait remettre, pour sa garantie, une inscription de 2,000 piastres cortès, qu'il réalisa à son profit, et dont la valeur fut passée en compte courant entre les parties. Plus tard, Poisson assigna Brun en restitution de 2,000 piastres, en se fondant entre autres motifs, sur ce que le nantissement doit être prouvé par écrit, aux termes des articles 2074 et 2075 du Code civil, tandis qu'aucun acte écrit n'était intervenu entre les parties. Brun, de son côté, argumenta l'article 13 de l'arrêté du 27 prairial an X, qui suppose la nécessité des couvertures, pour en conclure, à tort sans aucun doute, que le simple fait de la remise d'une inscription de rente pour couvertures, constituait un nantissement valable. Mais la Cour de Paris, laissant de côté ce faux système, donna gain de cause à l'agent de change, par un tout autre motif dont le mérite juridique ne peut être contesté, en considérant « qu'il était établi que, débiteur de Brun, Poisson s'était en partie acquitté de ce qu'il lui devait par la remise de 2,000 piastres d'Espagne, qui avaient été fondues en compte courant entre les parties. »

Voici en effet ce qui s'était passé : Brun, créancier de Poisson, avait reçu en payement une inscription de 2,000 piastres, qu'il avait réalisées, comme y il était autorisé, et il avait appliqué le produit de la négociation à l'extinction partielle de sa créance. Rien de plus régulier, même à l'égard des tiers, que cette opération consommée, qui constituait une véritable dation en payement, et qui, sous aucun rapport, ne pouvait être assimilée à un contrat de gage ou de nantissement.

(1) S., 32, 2, 431.

Un autre arrêt de la Cour de Paris, du 22 mars 1832 (1), a validé, il est vrai, un contrat de nantissement sur inscription de rente, sans acte écrit, mais il ne l'a validé que par rapport au créancier et au débiteur, et, sous ce point de vue, sa décision est inattaquable. Voici l'espèce :

Le sieur Loubers, agent de change, était créancier du sieur Verrier par suite d'opérations de bourse. Pour éteindre cette dette, le sieur Verrier remit à son débiteur une inscription de rente de 1,500 francs avec pouvoir d'en toucher les arrérages jusqu'à payement. Néanmoins, plus tard, il réclama la remise de cette inscription, en se fondant sur ce que c'était là un contrat de nantissement, radicalement nul, faute d'avoir été constaté par un acte public ou sous signature privée. Mais cette prétention fut justement repoussée par la Cour, « considérant que ladite inscription de rente 1,500 francs 3 p. 0/0 n'a été remise par Verrier à Loubers qu'à l'effet, par ce dernier, d'en toucher les arrérages et les appliquer successivement en déduction de sa créance, dans le cas où Verrier ne s'acquitterait pas en totalité, et par tout autre moyen ; que Verrier est sans droit pour contester aujourd'hui l'effet d'une délégation à laquelle il a volontairement consenti..... »

Rien de plus vrai, quant au débiteur ; mais il n'y a aucune induction à tirer de cet arrêt, quant à la validité du nantissement à l'égard des tiers ; il n'est pas douteux que la convention passée entre l'agent de change et son client n'aurait pu créer aucun privilége opposable aux créanciers de celui-ci.

2903. En résumé, si en matière civile la première des conditions du privilége du créancier gagiste est un acte écrit, dans une forme opposable aux tiers, soit qu'il s'agisse de meubles corporels, soit qu'il s'agisse de meubles incorporels, il y a dispense d'un acte écrit, en matière commerciale, pour le gage des meubles corporels ; et la forme de l'acte écrit, nécessaire pour le gage des meubles incorporels, échappe en matière commerciale, dans un grand nombre de cas, aux règles générales du Droit civil et est soumise aux dispositions spéciales

(1) S., 32, 2,329.

de l'article 91 du Code de commerce. La seconde condition est la mise en possession du gagiste. Cette mise en possession, lorsqu'il s'agit de meubles corporels, s'effectue quelquefois, en matière commerciale, par des moyens particuliers ; s'il s'agit de créances, elle s'effectue par la remise effective du titre, et une signification au débiteur de la créance donnée en gage, signification dont le gage commercial est dispensé lorsqu'il a pour objet des obligations dont la transmission, même à titre de propriété, s'effectue sans l'accomplissement de cette formalité.

Voyons maintenant quels effets produit le gage ainsi constitué, tant à l'égard des tiers qu'entre les parties.

SECTION III. — *Des effets du gage.*

Sommaire. — 2904. Privilége du gagiste. — 2905. Il est préféré au droit de revendication du vendeur. — 2906... Aux priviléges généraux. — 2907. Mais il est primé par le privilége du prêteur à la grosse, et par celui du voiturier ou du capitaine. — 2908. Le gagiste n'a pas la disposition de la chose. Il ne peut que la faire vendre judiciairement. — 2909. Nullité de toute clause contraire. — 2910. Le commissionnaire peut vendre la chose qui lui a été envoyée pour être vendue. — 2911. *Quid*, s'il y a péril en la demeure et qu'il ne trouve pas à vendre? — 2911 *bis*. Le créancier gagiste peut-il s'opposer à la vente de la chose? — 2911 *ter*. Peut-il se la faire attribuer d'après estimation. — 2912. Exercice du privilége sur une créance donnée en gage. — 2913... Sur les revenus d'une chose corporelle. — 2914-2915. Le débiteur reste propriétaire de la chose jusqu'à ce qu'elle ait été vendue. — 2916. Obligation du créancier de veiller à la conservation de la chose. — 2917... Du débiteur de rembourser les dépenses du créancier. — 2918. Le débiteur ne peut réclamer la restitution de la chose qu'en payant l'intégralité de la dette. — 2919. Il en est de même de la masse en cas de faillite du débiteur. — 2920. Et en cas de faillite du créancier. — 2921. Indivisibité du gage.

2904. Le plus remarquable des effets du gage est celui qu'il produit à l'égard des tiers, et qui consiste dans le privilége en vertu duquel la chose donnée en gage est affectée à la créance du gagiste avant de pouvoir être affectée à celles des autres créanciers du débiteur commun.

2905. Le gagiste est préféré même au vendeur de la marchandise, qui, en la livrant à l'acheteur, a suivi la foi de ce dernier; tandis que le gagiste a placé sa confiance dans la

chose, au lieu de la placer en la personne de son débiteur. D'ailleurs, la règle que les meubles n'ont pas de suite s'interpose nécessairement entre le vendeur et la chose qu'il prétendrait poursuivre dans les mains du gagiste auquel l'acheteur l'a remise (1).

2906. Le privilége du gagiste est préféré aux priviléges généraux énumérés dans l'article 2102 du Code civil. En supposant qu'il en soit autrement en matière civile (2), la question ne pourrait être douteuse en matière commerciale, en présence de l'article 546 du Code de commerce qui, en disposant d'une manière générale que les créanciers nantis d'un gage ne seront inscrits que pour mémoire dans la masse de la faillite, suppose évidemment qu'ils doivent être payés sur le gage avant tous autres créanciers.

2907. Il n'y a de créances préférables à celle du gagiste que celles qui tiennent en quelque sorte en suspens la propriété de la chose, ou qui sont dues par la chose plus que par la personne à qui la chose apartient. Telle est la créance du prêteur à la grosse ; tel est le fret ou le prix du transport dû au capitaine ou au voiturier.

En effet, en ce qui touche le prêteur à la grosse, l'affectation de la marchandise au remboursement du prêt dessaisit en quelque sorte l'emprunteur; de telle sorte que, si cet emprunteur donne la marchandise en gage, il engage une chose qui, jusqu'au remboursement du prêt, ne lui appartient pas (3).

Et, quant au fret et au prix du transport, il est clair que le voiturier et le capitaine n'ont pas à s'occuper de savoir à qui est la chose : c'est à cette chose qu'ils s'adressent pour être payés, quel qu'en soit d'ailleurs le destinataire, propriétaire ou gagiste (4).

2908-2909. Le privilége du gagiste sur la chose ne lui donne

(1) Rouen, 18 juillet 1827, S., 28, 2, 394 ; Cass., 1er déc. 1840, S., 41, 1, 161 ; MM. Delamarre et Lepoitvin, t, II, n, 412 ; M. Troplong, *Du nantissement*, n. 108.

(2) Voy. M. Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 74.

(3) Valin, sur l'art. 3, tit. X, de l'ord. de 1581.

(4) C. comm., 107 et 307.

pas le droit d'en disposer (1), toute clause contraire serait nulle. Il ne peut, aux termes de l'article 2078 du Code civil, que faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en payement, et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation qui sera faite par des experts ; ou qu'il sera vendu aux enchères, soit en totalité, soit jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû (2). Mais le nouvel article 92 appliquant à la généralité des affaires commerciales les dispositions antérieures relatives à la banque de France et à d'autres établissements de crédit (3), autorise le créancier, à défaut de paiement à l'échéance, à faire procéder à la vente publique des effets donnés en gage, huit jours après une signification faite au débiteur et au tiers bailleur du gage, si le gage a été fourni par un tiers.

Le créancier conserve d'ailleurs, en cas de faillite du débiteur, le droit de poursuivre la vente du gage (4). C'est même pour lui un devoir tellement urgent, qu'il ne peut se présenter, pour toucher un dividende dans l'actif de la faillite, avant d'avoir fait vendre le gage, et imputé le produit de la vente sur le montant de sa créance (5).

2910. Mais il est bien évident que l'observation des formalités prescrites pour la réalisation du gage n'est pas nécessaire au cas où le gage et le privilége ont pour cause les avances faites par un commissionnaire sur la marchandise qu'il est chargé de vendre (6). Il est clair qu'alors le commissionnaire doit vendre les marchandises, puisqu'il ne les a reçues que pour cela. Dans ce cas, après avoir vendu les marchandises pour le compte de son commettant, il exerce son privilége en se remboursant, sur le produit de la vente, du montant de ses avances, intérêts et frais, par préférence aux créanciers du commettant (7).

(1) Cass., 26 juillet 1865, S., 65, 1, 409.
(2) C. com. 106.
(3) Le 17 juin 1834 et ordonn. du 15 juin de la même année. Voy. aussi la loi du 25 mai 1858.
(4) *Ibid.*, 548.
(5) Paris, 16 déc. 1836, S., 37, 2, 314 ; D., 37, 2, 73.
(6) C. com., 95.
(7) C. com , 95.

2911. Il a même été jugé que dans le cas où un commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui consignées pour être vendues moyennant un prix déterminé, ne trouve pas à réaliser cette vente au prix indiqué, il peut, s'il y a péril en la demeure pour la conservation de son gage, et si l'expéditeur des marchandises habite un lieu éloigné, se faire autoriser par le tribunal de son propre domicile sur simple requête, à vendre les marchandises au prix courant sans être tenu d'assigner l'expéditeur dans les formes ordinaires, afin d'obtenir contradictoirement avec lui cette autorisation (1). Mais ce mode de procéder ne peut se justifier que par une nécessité évidente et pour éviter la perte ou la dépréciation des marchandises.

2911 *bis*. Il est du reste à remarquer que le créancier gagiste, commissionnaire ou autre, n'étant pas le maître de la chose donnée en gage, ne peut s'opposer, s'il ne la vend pas ou ne la fait par vendre, à ce qu'elle soit saisie et vendue à la requête d'un autre créancier exerçant sur cette chose le droit qui appartient à tout créancier sur les biens de son débiteur : il n'a que le droit de se faire payer sur le prix du montant de sa créance. A l'action de ce tiers créancier qui tend dans un intérêt commun à la réalisation du gage, il ne pourrait opposer un droit de rétention que lorsque la chose a été vendue et réalisée à son profit, comme au profit des autres créanciers, et devenue sans objet ; mais il pourrait opposer son droit de rétention au cas d'une vente amiable consentie par le débiteur, et se refuser à la remise de la chose aux mains de l'acheteur, à moins que celui-ci ne lui payât le montant de sa créance (2).

2911 *ter*. Comme nous l'avons déjà vu, l'article 2078 du Code civil donne au créancier gagiste un double droit : soit de faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en payement et jusqu'à due concurrence d'après une estimation

(1) Paris, 13 mars 1815, S., 5, 2, 29 ; Colmar, 29 nov. 1816, S., 5, 2, 207 ; Nîmes, 25 nov. 1850, S., 51, 2, 133 ; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n. 188.

(2) Paris, 21 juin 1869, D., 72, 2, 11.

par experts; soit de faire ordonner qu'il sera vendu aux enchères. Nous avons vu également que l'article 93 du Code de commerce introductif d'un droit nouveau, porte qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une signification faite au débiteur, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. De là la question de savoir si en matière commerciale le créancier peut encore demander que l'objet donné en gage lui soit attribué jusqu'à concurrence de sa créance d'après l'estimation qui en sera faite par experts, conformément à l'article 2078 du Code civil, ou s'il ne peut qu'on poursuive la vente aux enchères publiques conformément à l'article 93 du Code de commerce. J'incline à penser que cet article 93 qui est introductif d'un droit nouveau, en autorisant le créancier à faire vendre le gage aux enchères publiques, après signification au débiteur, sans qu'il y ait lieu de s'adresser à la justice pour faire ordonner cette vente, comme lorsqu'il s'agit d'un gage civil régi par l'article 2078, exclut par cela même l'alternative laissée au créancier de demander à la justice l'attribution du gage jusqu'à concurrence de sa créance. L'intervention de la justice n'étant plus requise il n'y a plus lieu à l'exercice d'une faculté que seule elle aurait pu autoriser (1).

2912. Les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par le créancier gagiste (2). Il en est de même, à moins de convention contraire, des créances mobilières et des titres exécutoires donnés en gage. Dans les deux cas, la somme ainsi recouvrée se compense entre les parties, ou s'impute selon les règles du droit (3). S'il résulte des circonstances ou des conventions que le créancier n'ait pas le droit de recouvrer la créance donnée en gage, ou si la créance donnée en gage ne vient à échéance qu'après la dette garantie, elle est vendue aux enchères comme s'il s'agissait d'un meuble corporel.

Dans tous les cas, si la créance donnée en gage porte inté-

(1) V. Cass., 14 mars 1870, D., 70, 1, 222.
(2) C. com., art. 91.
(3) Rapport au Corps législatif.

rêts, le créancier gagiste impute ces intérêts sur ceux qui lui sont dus. Si, cependant, la dette, pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage, ne portait point elle-même des intérêts, l'imputation se ferait sur le capital de la dette (1).

2913. Les mêmes règles sont applicables au cas où il s'agit d'une chose corporelle de nature à être louée et qui produit un revenu.

2914-2915. De ce que le créancier gagiste n'a pas la disposition du gage, il en résulte que, jusqu'à ce qu'il soit vendu par autorité de justice, ou jusqu'à ce qu'il ait été attribué au créancier, le débiteur en reste propriétaire, et que le gage n'est entre les mains du créancier qu'un dépôt assurant son privilége (2).

2916. Il suit de là, que le créancier est tenu de veiller à la conservation de la chose, non pas précisément à titre de dépôt, car le dépositaire rend service au déposant, tandis que le gagiste se rend service à lui-même (3); mais selon les règles générales établies pour tous ceux qui sont chargés de la garde ou de la conservation d'une chose (4).

2917. De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage (5).

2918. Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné. Et même, s'il existait, de la part du même débiteur envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le payement de la première dette, le créancier ne pourrait être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage de la première au payement de la seconde (6).

(1) C. civ., 2081.
(2) C. civ., 2079.
(3) M. Troplong, *Du nantissement*, n. 425 et suiv.
(4) Voy. *sup.*, t. III, n. 1614 et suiv.; C. civ., 2080.
(5) C. civ., *ibid.*
(6) *Ibid.*, 2082.

2919. Le droit qui appartient au débiteur de retirer le gage en payant la dette, appartient aussi aux créanciers ordinaires du débiteur; ainsi, en cas de faillite, les syndics peuvent, à toute époque et avec l'autorisation du juge commissaire, retirer au profit de la masse le gage des mains du créancier nanti en remboursant la dette (1).

2920. L'état de faillite du créancier nanti ne fait pas d'ailleurs obstacle à ce que le débiteur, qui a donné une chose en gage au failli, exerce contre la masse une action en répétition de cette chose, à la charge d'accomplir l'obligation à laquelle le gage servait de garantie.

2921. Faisons observer en terminant que le gage est indivisible, nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. Il suit de là, d'une part, que l'héritier du débiteur qui a payé sa portion de la dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée ; et d'autre part, et réciproquement, que l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage, au préjudice de ceux qui ne sont pas payés (2).

CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE.

Sommaire. — 2922. Ce que c'est que l'antichrèse. — 2923. Droits réciproques du créancier et du débiteur. — 2924. Le créancier ne peut devenir propriétaire de l'immeuble par suite du non-payement. — 2925. Obligations du créancier. — 2926. L'antichrèse ne s'établit que par écrit.

2922. Nous l'avons déjà vu, l'antichrèse est le nantissement donné en immeubles (3).

2923. A la différence du gage constitué en meubles, qui affecte la chose même, laquelle peut ou doit être vendue pour payer le gagiste avec les produits de la vente, l'antichrèse n'af-

(1) C. com., 551.
(2) C. civ., 2083.
(3) Voy. *sup.*, n. 2806.

fecte que les revenus de l'immeuble. Par ce contrat, le créancier n'acquiert que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû et ensuite sur le capital de la créance (1). Le débiteur, de son côté, ne peut, avant l'entier acquittement de la dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse (2).

2924. Du reste, en aucun cas, le créancier ne peut devenir propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de payement au terme convenu : toute clause contraire est nulle. Il ne peut, dans cette hypothèse, que poursuivre l'expropriation de son débiteur (3), sans pouvoir exercer aucun privilége sur le produit de la vente à laquelle donne lieu l'expropriation, à moins qu'il n'ait d'ailleurs sur l'immeuble des priviléges ou hypothèques légalement établis et conservés, qu'il exerce alors à son ordre comme tout autre créancier (4).

2925. Le créancier est tenu, s'il n'en est autrement convenu, de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble qu'il tient en antichrèse. Il doit également, sous peine de dommages-intérêts, pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires de l'immeuble, sauf à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à ces divers objets (5). S'il veut se décharger de ces obligations, il peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble (6).

2926. L'antichrèse ne s'établit que par écrit (7). Cette formule absolue de l'article 2085 du Code civil indique que jamais la preuve de l'antichrèse ne peut se faire autrement que par écrit, à moins que le contrat ne soit avoué de part et d'autre, auquel cas il n'y a plus besoin de preuve.

(1) C. civ., 2085.
(2) *Ibid.*, 2087.
(3) *Ibid.*, 2088.
(4) *Ibid.*, 2091.
(5) *Ibid.*, 2086.
(6) *Ibid.*, 2087.
(7) *Ibid.*, 2085.

Je borne à ces indications sommaires tout ce que j'ai à dire d'un contrat aussi étranger au commerce par son objet que par sa forme.

TITRE VII

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

SOMMAIRE. — 2927. Effet des priviléges et des hypothèques. — 2928. Différences qui les caractérisent.

2927. Nous l'avons déjà dit, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence (1). Les causes légitimes de préférence sont les priviléges et hypothèques (2).

2928. Il y a, entre les priviléges et les hypothèques, cette différence remarquable que, en général, le privilége résulte de la nature même de la créance plutôt que d'une stipulation particulière, tandis que, au contraire, l'hypothèque résulte, en général, plutôt d'une stipulation ou d'une convention particulière que de la nature de la créance. Dans le privilége, c'est la loi qui stipule ordinairement pour le créancier ; tandis que, dans l'hypothèque, c'est le créancier qui stipule ordinairement pour lui-même, et qui, ne trouvant pas assez de garanties dans les droits que la loi lui assure concurremment avec les autres créanciers ordinaires ou chirographaires du débiteur, veut s'assurer une position meilleure et un droit de préférence sur la généralité ou sur partie des biens du débiteur.

Ces différences ressortiront des détails dans lesquels je vais entrer sur les priviléges d'abord, ensuite sur les hypothèques.

(1) C. civ., 2092.
(2) *Ibid.*, 2094.

CHAPITRE PREMIER

DES PRIVILÉGES.

SOMMAIRE. — 2929. Ce que c'est que le privilége. Son rang relativement à l'hypothèque. Rang des priviléges entre eux. — 2930. Priviléges sur les meubles et les immeubles. — 2931. Priviléges généraux et particuliers. Leur rang.

2929. Le privilége est un droit que la qualité de la créance donne au créancier d'être payé, par préférence aux autres créanciers, sur la généralité des biens du débiteur ou sur certains de ses biens (1).

Le privilége passe avant l'hypothèque, et le créancier privilégié est préféré au créancier hypothécaire (2).

Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges (3); les créanciers privilégiés qui sont de même qualité, et par conséquent dans le même rang, sont payés par concurrence (4).

2930. Les priviléges peuvent être sur les meubles (5); et, dans ce cas, ils sont généraux ou particuliers sur certains meubles (6). Ils peuvent être aussi sur les immeubles (7), ou à la fois sur les meubles et sur les immeubles (8). Les priviléges qui ne portent que sur les immeubles sont particuliers, c'est-à-dire qu'ils ne frappent que certains immeubles (9); ceux qui portent à la fois sur les meubles et sur les immeubles sont généraux, et frappent tous les meubles et tous les immeubles du débiteur (10).

2931. Il n'y a jamais de concours entre les priviléges sur les meubles et les priviléges sur les immeubles, puisque chacun

(1) C. civ., 2095.
(2) *Ibid.*
(3) *Ibid.*, 2096.
(4) *Ibid.*, 2097.
(5) *Ibid.*, 2099.
(6) *Ibid.*, 2100.
(7) *Ibid.*, 2099.
(8) *Ibid.*, 2104.
(9) *Ibid.*, 2103.
(10) *Ibid.*, 2105.

d'eux porte sur des objets différents. Mais ce concours peut se rencontrer entre les priviléges entre eux, soit qu'ils portent sur les meubles, soit qu'ils portent sur les immeubles. A cet égard, on peut poser, comme règle générale, que les priviléges généraux sont préférables aux priviléges spéciaux (1). Quant à l'ordre qui doit être suivi pour les priviléges généraux entre eux et pour les priviléges spéciaux entre eux, nous l'indiquerons en faisant l'énumération de ces différents priviléges.

SECTION I. — *Des priviléges sur les meubles.*

(1) M. Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 73 et suiv. — Voy. nos observations sur Zachariæ, t. V, § 828, note 2.

2932. Commençons par les priviléges généraux.

Ces priviléges sont établis, soit par des lois spéciales, pour ce qui concerne le trésor public (1); soit par l'article 2101 du Code civil, pour ce qui concerne les droits des particuliers.

Voici, suivant M. Troplong, dont la classification me paraît devoir être adoptée, l'ordre à suivre pour la préférence à établir entre les priviléges généraux (2):

1° Frais de justice (3);

2° Contributions personnelle et mobilière; des portes et fenêtres; patentes (4); droits de timbre et amendes de contraventions à ce relatives (5);

3° Contributions indirectes (6);

4° Frais funéraires (7);

5° Frais quelconques de dernière maladie, concurremment entre ceux à qui il sont dus (8);

6° Les salaires des gens de service pour l'année échue, et ce qui est dû pour l'année courante (9);

7° Les fournitures de substances faites au débiteur et à sa famille, savoir : pendant les six derniers mois, par les marchands en détail, tels que bouchers, boulangers et autres, et

(1) Un des priviléges les plus remarquables du trésor est celui auquel il a droit, pour les droits de mutation par décès sur les biens de la succession. Et il a été jugé qu'au cas de faillite du défunt déclarée avant l'ouverture de la succession, le privilége pour les droits de mutation peut être exercé au préjudice des créanciers de la faillite, Cass., 2 déc. 1862, S., 63, 1, 97.

(2) *Priv. et hyp.* n. 30.

(3) C. civ., art. 2101, n. 1; Lyon, 6 janv. 1851, S., 52, 2, 344; Bordeaux, 12 avril 1853, S., 53, 2. 444, et Cass., 25 avril 1844, S., 54, 1, 369.

(4) L. 12 nov. 1808.

(5) L. 28 avril 1816, art. 76.

(6) L. 1er germ. an XIII.

(7) C. civ., 2101, n. 2.

(8) *Ibid.*, n. 3.

(9) *Ibid.*, n. 4.

pendant la dernière année, par les maîtres de pension et marchands en gros (1) ;

8° Les droits de douane (2);

9° Concurremment, les frais de poursuite criminelle; les droits du trésor sur les meubles des comptables particuliers (3).

Parmi ces priviléges, reprenons ceux qui peuvent intéresser le commerce.

2933. Les frais de justice privilégiés sont ceux qui ont été faits dans l'intérêt commun des créanciers, soit pour la conservation de la chose sur laquelle on prétend l'exercer, soit pour en poursuivre la vente et en toucher le prix; en un mot, pour liquider la valeur de la chose, en substituant à la chose même un prix qui en est la représentation, et qui est mis à la disposition des ayants droit.

2934. Il suit de là que les frais et dépenses de l'administration d'une faillite sont privilégiés sur la généralité des meubles du failli (4); mais il en résulte également que ce privilége n'a pas lieu à l'égard des créances, pour le sûr et libre exercice desquelles la déclaration de faillite, sa constitution légale, ses opérations, n'ont rien eu à conserver. Ainsi, le créancier nanti d'un gage, le propriétaire qui trouvait une garantie suffisante dans les meubles garnissant les lieux loués, et pour lesquels l'administration de la faillite est plutôt un embarras qu'un secours, ne sont pas primés par les frais généraux de la faillite (5). Ils ne sont primés que par les frais particuliers auxquels donne lieu la vente des meubles qui sont spécialement affectés à leur créance (6).

2935. Les frais funéraires, ou dépenses justement faites pour rendre des devoirs convenables à ceux qui ne sont plus, sont protégés par un privilége qu'explique la sainteté même du devoir dont ces frais sont l'accomplissement.

(1) C. civ., 2101 n. 5.
(2) L. 22 août 1791, art. 22; L. 4 germ. an II, art. 4.
(3) L. 5 sept. 1807.
(4) Colmar, 4 juill. 1831, S., 33, 2, 76 ; D., 32, 2, 203.
(5) Lyon, 1er avril 1841, S., 41, 2, 344 et 17 mars 1846, S., 46, 2, 438. Cass., 19 janvier 1864, S., 64, 1, 60. M. Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 124.
(6) Voy. *ibid.*, et *inf.*, n. 2949 et suiv., 2957 et suiv.

2936. Nul doute, quand il s'agit d'une faillite déclarée après décès, que les frais funéraires ne soient privilégiés sur l'actif de la faillite. C'est une dette antérieure à la déclaration de faillite qui figure nécessairement dans le passif, et qui y figure à son rang et avec la qualité qui lui est propre (1). Mais en est-il ainsi pour les frais funéraires du failli décédé postérieurement à la déclaration de faillite? M. Renouard distingue avec raison, entre le cas où les dépenses ont été faites par l'administration de la faillite, ou avec son concours et sous son approbation, du cas où elles ont été faites par la famille ou par des tiers, sans accord préalable avec les syndics. Dans le premier cas, il estime que des motifs de convenance doivent assurer au failli mort des funérailles modestes, avec d'autant plus de raison que des motifs d'humanité assurent des secours au failli vivant; dans le second cas, au contraire, il estime que la dépense faite par la famille ou par les étrangers, sans le concours ou l'assentiment des syndics, ne peut en aucune façon être répétée contre la faillite, à laquelle elle est restée étrangère (2). J'adopte pleinement cet avis.

2937. J'adopte également l'opinion de M. Renouard (3), sur le point de savoir si le deuil de la veuve du failli est protégé par le privilége des frais funéraires. Les dépenses de deuil, renfermées dans les limites convenables en égard à l'état de la faillite, sont privilégiées, si elles ont été faites avant la déclaration de faillite. Après la déclaration de faillite, la veuve n'a plus droit qu'à un secours, et ne peut équitablement faire peser sur la masse des créanciers des dépenses personnelles qui aggraveraient leur position.

2938. Les frais de dernière maladie sont ceux qui ont été occasionnés par la maladie qui a causé la mort. Nul doute, dans ce cas, comme lorsqu'il s'agit des frais funéraires, que les frais de dernière maladie ne soient privilégiés sur l'actif de la faillite, quand la faillite a été déclarée après le décès du débiteur (4). Mais, dans le cas contraire, c'est-à-dire si la

(1) Pardessus, n. 1193; M. Renouard, t. II, p. 207.
(2) *Ibid.*
(3) M. Renouard, t. II, p. 208.
(4) Voy. *sup.*, n. 2936.

déclaration de faillite a précédé le décès, les frais postérieurs à la faillite ne sont pas privilégiés sur l'actif : la déclaration de faillite a irrévocablement fixé l'état des dettes, et celles que le failli contracte, lorsqu'il est dessaisi de ses biens, ne peuvent avoir ces biens pour gage (1).

2939. Doit-on, en cas de faillite, considérer comme frais de dernière maladie, ceux de la maladie qui a précédé immédiatement la faillite, bien que le failli n'en soit pas décédé, et que cette maladie ne soit pas la dernière quant à la vie physique du failli, mais seulement quant à sa vie commerciale? Je ne le pense pas. Ce serait étendre un privilége d'un cas à un autre. Il est bien vrai, ainsi que le fait observer M. Renouard (2), qu'il y a une certaine similitude entre le cas où la faillite dessaisit le débiteur de l'administration de ses biens, pour la transporter à ses créanciers, et le cas où la mort, en frappant le malade, a transporté ses biens sur d'autres têtes; mais cette similitude entre les causes ne suffit pas pour produire un résultat identique, surtout en matière de privilége (3).

2940. Le privilége du salaire des gens de service établi par l'article 2101 n° 4 du Code civil, ne comprend pas celui des ouvriers, au profit desquels un privilége spécial est établi par l'article 549 du Code de commerce, mais seulement lorsqu'ils sont employés directement par le débiteur. Lorsqu'ils sont mis en œuvre par un entrepreneur qui a traité avec celui pour le compte duquel est fait le travail, c'est à cet entrepreneur qu'ils doivent s'adresser, puisqu'il est directement responsable envers eux (4).

On ne comprend pas non plus les commis parmi les gens de service. La question, jadis controversée, a été résolue par l'article 549 du Code de commerce qui, dans sa disposition finale, admet les salaires dus aux commis, pour les six mois

(1) M. Renouard, p. 211.

(2) *Ibid.*, p. 210.

(3) Pardessus, n. 1194. Cass., 21 nov. 1864, S., 65, 1, 25. — Voy. cependant M. Grenier, *Hyp.*, t. II, n. 302; et M. Troplong, *Hyp.*, *et priv.*, n. 137.

(4) Voy. Rouen, 10 nov. 1860, S., 61, 2, 13.

qui ont précédé la déclaration de faillite, au même rang que le salaire des gens de service (1).

2941. On s'est demandé si le privilége accordé aux commis par l'article 549 du Code de commerce ne pouvait être réclamé que par ceux qui ont un appointement fixe, et non par ceux qui sont rétribués à commission; et on s'est généralement prononcé dans un sens contraire au privilége des commis rétribués à commission (2). Je crois cette solution trop absolue. Il faut distinguer entre les commis rétribués au moyen d'une commission sur les affaires faites par leur entremise, et les commis rétribués au moyen d'un intérêt dans les bénéfices réalisés de la maison à laquelle ils sont attachés. Les premiers ont droit à un privilége, puisque la commission qui constitue leur salaire leur est acquise dès que l'affaire est faite, quel qu'en soit le résultat définitif (3); quant aux seconds, ils n'ont droit à aucun privilége, puisque la faillite empêche qu'il n'y ait des bénéfices, et conséquemment qu'il ne leur soit dû quelque chose.

2942. Remarquons que le privilége n'est attaché qu'aux salaires échus et dus. On ne pourrait l'étendre aux dommages-intérêts qu'une personne qui aurait loué ses services, soit à un failli, soit à un individu décédé, aurait à prétendre contre la masse ou contre la succession, pour inexécution des engagements contractés envers elle. Ces dommages-intérêts ne sont qu'une créance ordinaire, qui doit suivre le sort des autres et courir les mêmes chances (4).

2943. Les fournitures de subsistances doivent s'entendre, selon les uns, de tout ce qui, en droit, est embrassé sous la dénomination générique d'aliments, c'est-à-dire de tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, tel que vêtements, logement, nourriture, instruction des enfants (5); suivant les au-

(1) On n'y comprend pas non plus les acteurs; ils ne sauraient davantage être considérée comme ouvriers ou commis. Aix, 10 mars 1861, S., 62, 2, 10; Paris, 20 juin 1863, S., 63, 2, 254. —Voy. encore, Cass. 9 juin 1873, S. 73, 1, 271.

(2) M. Lainné, *Des faillites*, n. 549; M. Bédarride, *id.*, n. 736; M. Geoffroy, *Guide prat. des faillites*, p. 132; Rouen, 10 nov. 1860, S., 61, 2, 13.

(3) M. Alauzet, t. IV, n. 1860.

(4) M. Pardessus, n. 1195; M. Renouard, t. II, p. 213.

(5) *Ibid.*, n. 1196.

tres, ces fournitures doivent s'entendre dans un sens restrictif, et seulement des subsistances alimentaires (1). J'adopte cette dernière opinion. Les aliments comprennent, sans doute, non-seulement la nourriture, mais encore le vêtement et le logement, le vivre et le couvert (2); mais l'article 2101 du Code civil ne parle que des subsistances; et si les aliments comprennent les subsistances, les subsistances ne comprennent pas tous les aliments. On ne devrait même pas comprendre dans les subsistances les sommes dues aux maîtres de pension, si l'article 2101 n'en faisait pas une mention expresse, mettant ainsi sur la même ligne, ce qui est assurément plus que juste, la nourriture du corps et celle de l'esprit.

Du reste, il faut bien observer, sur ce dernier point, que la loi n'a pas entendu établir le privilége pour les dépenses d'instruction prises isolement, mais pour les frais de pension qui comprennent la nourriture des enfants ; de telle sorte que les dépenses d'instruction ne sont privilégiées que parce qu'elles sont dans le prix total de la pension, jointes aux dépenses de nourriture. Il suit de là, d'une part, que des leçons données à part, et qui ne se confondent pas dans un prix de pension, ne sont pas privilégiées (3); et, d'autre part, que des fournitures de livres, papier, encre, etc., dues au maître en dehors du prix de la pension, ne peuvent prétendre à aucun privilége, parce que ce ne sont pas des fournitures de subsistances (4).

Les fournitures de subsistances ne sont privilégiées que lorsqu'elles sont faites au débiteur et à sa famille. La famille du débiteur ne comprend pas seulement les personnes de la famille proprement dite qui vivent en commun avec le débiteur; elle comprend aussi les étrangers, tels que commis, employés, domestiques, qui vivent sous son toit et à sa charge.

Ces fournitures privilégiées ne comprennent également que celles qui sont faites par les marchands en gros ou en détail, ou par les maîtres de pension. Celles qui seraient faites par

(1) M. Renouard, p. 214 ; M. Troplong, n. 146.

(2) *Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest.* L. 6, ff. *De alim. et cib. leg.*

(3) M. Renouard, p. 215; M. Troplong, n. 157.

(4) M. Troplong, n. 146. — *Contrà*, M. Grenier, t. II, n. 304.

des non-commerçants ne pourraient prétendre à aucun privilége (1).

2944. Le privilége de la douane, aux termes de l'article 22 du titre XIII de la loi du 22 août 1791, est préférable sur les meubles et effets des redevables pour tous droits, à l'exception des frais de justice et autres privilégiés, des loyers de six mois, et des marchandises en nature revendiquées par le vendeur. L'article 4 du titre VI de la loi du 4 germinal an II veut, de plus, qu'en matière de douanes, le trésor soit préféré à tous créanciers, pour droits, confiscations et amendes. De ces textes, on a prétendu conclure que, en cas de faillite d'un redevable, l'exercice du privilége de la douane ne pouvait être arrêté par l'action en revendication du vendeur non payé, formée dans les termes de l'article 576 du Code de commerce (2); soit parce que la douane doit être préférée à tous créanciers, soit parce que la revendication qui lui est préférable, serait la revendication civile exercée dans les termes de l'article 2102, n° 4, du Code civil (3), et non la revendication particulière admise par l'article 576 du Code de commerce, en cas de faillite de l'acheteur (4). Mais, d'une part, les tiers qui, en vertu de l'article 576 du Code de commerce, revendiquent les marchandises par eux expédiées au failli, ne se présentent pas comme créanciers du failli, mais comme propriétaires des marchandises; et, d'autre part, la loi du 22 août 1791, en faisant passer l'action en revendication du vendeur non payé avant le privilége de la douane, ne distingue ni implicitement ni explicitement entre les divers cas dans lesquels peut s'exercer cette action, pour qu'elle soit légalement exercée. C'est ce que la Cour de cassation a fort bien jugé, le 12 février 1845 (5).

A plus forte raison le privilége de l'administration des douanes ne suit-il pas les marchandises entre les mains des tiers qui les ont acquises de bonne foi et auxquels elles ont été livrées (6).

(1) M. Troplong, n. 147 *bis*.
(2) Voy. *inf.*, n. 2960.
(3) *Ibid.*
(4) *Ibid.*
(5) S., 45, 1, 205.
(6) Cass., 19 déc. 1859, S., 61, 1, 77.

2945. Quant au frais de justice criminelle, en cas de poursuite en banqueroute simple ou en banqueroute frauduleuse, dirigée contre un failli, il y a plusieurs distinctions à faire.

Il faut distinguer d'abord entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse.

Il faut ensuite distinguer, en cas de poursuite en banqueroute simple, si la poursuite est intentée par le ministère public, par les syndics, ou par des créanciers en leur nom personnel.

Les frais de poursuite, en banqueroute simple intentée par le ministère public, ne peuvent, en aucun cas, être mis à la charge de la masse; ils ne peuvent donc jamais faire l'objet d'un privilége qui lui soit opposable. Le trésor, qui en fait l'avance, ne peut les répéter, en cas de condamnation, que contre le failli personnellement; et, en cas de concordat, le recours du trésor ne peut être exercé contre le failli qu'après l'expiration des termes accordés par ce traité (1).

Les frais de poursuite intentée par les syndics au nom des créanciers sont supportés, s'il y a acquittement, par la masse, et sont alors privilégiés; s'il y a condamnation, ils sont supportés par le trésor, sauf son recours contre le failli, comme dans le cas où la poursuite a été intentée par le ministère public (2).

Les frais de poursuite intentée par un ou plusieurs créanciers, en leur propre nom, sont supportés, s'il y a condamnation, par le trésor public, sauf son recours contre le failli; s'il y a acquittement, par le créancier poursuivant; de telle sorte que, dans cette double hypothèse, les frais ne sont jamais privilégiés à l'égard de la masse (3).

Il est à remarquer, à cet égard, que les syndics ne peuvent intenter de poursuite en banqueroute simple, ni se porter partie civile au nom de la masse, qu'après y avoir été autorisés par une délibération prise à la majorité individuelle des créanciers présents (4), sous peine de répondre personnellement

(1) C. com., 587.
(2) *Ibid.*, 588.
(3) C. com., 590.
(4) C. comm , 589.

des frais qui, encore dans ce cas, ne peuvent être protégés par un privilége opposable à la masse des créanciers.

2946. Voilà pour la banqueroute simple. Quant à la banqueroute frauduleuse, les frais de poursuite ne peuvent, en aucun cas, être mis à la charge de la masse. Si un ou plusieurs créanciers se sont rendus parties civiles en leur nom personnel, les frais, en cas d'acquittement, demeureront à leur charge(1). Donc pas de privilége sur l'actif de la faillite.

2947. Je passe aux priviléges spéciaux.

A la différence des priviléges généraux, qui se trouvent toujours en concours, parce qu'ils portent tous sur les mêmes objets, et entre lesquels il a fallu dès lors établir un ordre invariable et absolu, les priviléges spéciaux, s'adressant à des objets distincts, ne concourent pas nécessairement et habituellement les uns avec les autres. Cependant, il peut arriver des cas dans lesquels deux ou plusieurs priviléges spéciaux portent sur le même objet : c'est alors seulement qu'un concours accidentel se déclare.

Je vais donc énumérer d'abord les priviléges spéciaux dans un ordre en quelque sorte arbitraire, et qui n'implique aucune préférence, en commençant par ceux qui sont établis par l'article 2102 du Code civil, et en finissant par ceux qui sont établis par des dispositions spéciales. Puis, ensuite, je chercherai à déterminer, soit à mesure que l'occasion s'en présentera, soit distinctement, l'ordre de préférence des priviléges spéciaux entre lesquels naît une concurrence.

2948. Les créances privilégiées sur certains meubles sont : 1° Les loyers et fermages des immeubles, sur les fruits de la récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée, ou la ferme, ou de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme (2);

2° Les réparations locatives et tout ce qui concerne l'exécution du bail, sur ces mêmes choses (3);

(1) C. comm., 592.
(2) C. civ., 2102, n. 1.
(3) *Ibid.*

3° Les sommes dues pour les frais de la récolte, sur le prix de la récolte (1);

4° Les sommes pour ustensiles, sur le prix de ces ustensiles (2);

5° La créance sur le gage dont le créancier est nanti (3);

6° Les frais faits pour la conservation de la chose, sur le prix de la chose (4);

7° Le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur (5);

8° Les fournitures des aubergistes, sur les effets des voyageurs transportés dans leur auberge (6);

9° Les frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la chose voiturée (7);

10° Les créances résultant d'abus et de prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement, et sur les intérêts qui peuvent en être dus (8);

11° Le prêteur de deniers pour le cautionnement d'un fonctionnaire public, sur les fonds du cautionnement (9);

12° La contribution foncière, sur les revenus des immeubles qui doivent cette contribution (10);

13° Les droits de mutation, sur les revenus des immeubles, objet de cette mutation (11);

14° Les créances des facteurs de la halle aux blés de Paris, sur les sacs de farine formant le dépôt de garantie du boulanger, leur débiteur (12);

(1) C. civ., 2102, n. 1
(2) *Ibid.*
(3) *Ibid.*, n. 2.
(4) *Ibid.*, n. 3.
(5) *Ibid.*, n. 4.
(6) *Ibid.*, n. 5.
(7) *Ibid.*, n. 6.
(8) *Ibid.*, n. 7.
(9) Décr. 28 août 1808, et 22 déc. 1812; L. 25 vent. an XI, et 25 niv. an XIII.
(10) L. 12 nov. 1808.
(11) L. 22 frim. an VII, art. 15 et 32.
(12) Décr. 27 fév. 1811, art. 1.

15° Les avances des commissionnaires, sur les marchandises qui leur sont expédiées (1);

16° Les créances énumérées dans l'article 191 du Code de commerce, sur les navires et autres bâtiments de mer;

17° Les loyers des matelots, sur le navire et le fret (2);

18° Les créances résultant de la charte-partie, sur le navire, les agrès et apparaux, le fret et les marchandises chargées (3);

19° Le fret, sur les marchandises du chargement (4);

20° L'argent prêté à la grosse, sur la totalité ou sur partie de navire et du chargement, selon les objets sur lesquels le prêt a eu lieu (5).

Je vais reprendre successivement ces différentes sortes de priviléges.

2949. *Privilége du locateur.* — Le privilége du locateur, sur les fruits et la récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la maison ou la ferme, et sur tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme, a lieu, tant pour les loyers et fermages que pour les réparations locatives et tout ce qui se rattache à l'exécution du bail. Ce privilége a lieu pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont date certaine; et, dans ces deux cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux et fermages, à la charge, toutefois, de payer au propriétaire ce qui lui serait dû, après l'exercice de son privilége (6).

A défaut de baux authentiques, ou lorsque, étant sous signature privée, ils n'ont pas une date certaine, le privilége n'a lieu, pour les loyers non échus, que pour une année, à partir de l'expiration de l'année courante (7); mais il a lieu pour tous les loyers échus comme s'il y avait un bail en forme (8).

(1) C. com., 93.
(2) *Ibid.*, 359, 271.
(3) *Ibid.*, 280.
(4) *Ibid.*, 307.
(5) *Ibid.*, 320, 323, 331.
(6) C. civ., 2102, n. 1.
(7) C. civ., 2102, n. 1.
(8) Cass., 28 juill. 1824, S., 7, 1, 505, et 6 juin 1835, S., 35, 1, 433; Metz, 6 janv. 1859, S., 59, 2, 129; M. Troplong, n. 156.

2950. Lorsque le locateur exerce son privilége, les créanciers primés par lui ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux et fermages à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû (1); et cela alors même que le bail contiendrait une prohibition de sous-louer, le droit particulier de relocation dont il s'agit ici s'exerçant en dehors des prévisions du bail, en vertu de la concession directe de la loi, et comme compensation des termes de loyer payés par privilége sur le produit du gage commun (2).

2951. Quand le locateur a su que les objets placés dans les lieux n'appartenaient pas au locataire, il n'est pas douteux qu'il n'a aucun privilége à exercer sur ces objets (3). Il est même certains cas où l'on doit présumer que le locateur a su ou dû savoir que les objets introduits dans les lieux loués n'étaient pas la propriété du locataire. Ainsi, quand le locataire est manufacturier ou ouvrier, le locateur n'a aucun privilége sur les matières premières ou sur les marchandises, qui ne sont entrées chez le locataire que pour être manufacturées et mises en œuvre pour le compte de tiers (4). Ainsi encore, et par le même motif, le privilége du locateur n'atteint pas les marchandises déposées ou consignées chez le locataire qui fait le commerce de commission ou de consignation (5). On peut même, à cet égard, poser comme règle générale que le privilége ne s'étend pas aux objets qui sont momentanément placés dans la maison, parce qu'on ne peut pas dire que ces objets garnissent les lieux loués (6).

2951 *bis*. De ce qu'aux termes de l'article 2102, n. 1, le privilége du locateur est établi sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée, il en résulte que ce privilége n'atteint que les meubles corporels susceptibles de garnir les lieux,

(1) C. civ., 2102.

(2) Cass., 7 et 18 déc. 1858, S., 59, 1, 423; M. Pont, *Priv. et hyp.*, n. 129.

(3) Cass., 31 déc. 1833, S., 34, 1, 852.

(4) Cass., 22 juill. 1823, S., 7, 1, 297; Paris, 8 mars 1841, S., 41, 2, 132.

(5) Cass., 21 mars 1826, S, 3, 1, 307.

(6) M. Troplong, n. 151.

et que les objets ou droits incorporels y échappent. C'est en ce sens qu'il a été très-bien jugé par la cour de Lyon le 26 décembre 1863 (1), que si des appareils brevetés placés dans les lieux loués sont comme objets corporels soumis au privilége du bailleur, et peuvent en conséquence être saisis-gagés par lui, il en est autrement du droit incorporel de se servir de ces appareils.

2952-2954. L'exercice du privilége du locateur en cas de faillite du locataire a donné lieu à des difficultés qui diversement résolues par la doctrine et la jurisprudence ont été définitivement tranchées par une loi du 12 février 1872. Ces difficultés portaient principalement sur le point de savoir si la faillite du locataire emportait l'exigibilité de tous les loyers à échoir pendant toute la durée du bail, et si le locateur avait privilége pour tous les loyers à lui dus, échus et non échus. Malgré de vives résistances (2), la cour de cassation s'était prononcée en faveur de l'exigibilité des loyers non échus, et du privilége du locateur pour tous ces loyers, ce qui avait pour résultat de faire passer entre les mains du bailleur l'actif le plus net de la faillite du preneur (3). C'est à cet état des choses que la loi du 12 février 1872 a eu pour but de remédier.

Le premier point à régler était celui de savoir si après la faillite du preneur le bail devait continuer ou prendre fin. Dans ce but cette loi a d'abord substitué à l'article 450 du Code de commerce qui se bornait à suspendre pendant un certain temps l'exercice des voies d'exécution appartenant au propriétaire pour parvenir au paiement de ses loyers sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerce du failli, une nouvelle disposition qui réglemente de la manière suivante, la position respective du preneur et du bailleur.

Ce nouvel article 450 accorde d'abord aux syndics du preneur failli, un délai de huit jours à partir de l'expiration du délai accordé par l'article 492 du Code de commerce aux créanciers domiciliés en France pour la vérification de leurs

(1) S., 64, 2, 232.
(2) Voy. M. Demolombe, *Des oblig.*, t. II, n. 661.
(3) Cass., 28 mars 1865, S., 65, 1, 201 ; et 16 fév. 1870, D., 7, 260.

créances, délai de huit jours pendant lequel ils pourront avec l'autorisation du juge commissaire et le failli entendu, notifier au propriétaire leur intention de continuer le bail, à la charge de satisfaire à toutes les obligations du locataire. Jusqu'à l'expiration de ces huit jours, toutes voies d'exécution sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerce ou de l'industrie de failli, et toutes actions en résiliation de bail seront suspendues, sans préjudice de toutes mesures conservatoires et du droit qui serait acquis au propriétaire de reprendre possession des lieux loués, auquel cas la suspension des voies d'exécution cesse de plein droit. De son côté, le bailleur doit, à peine de déchéance des causes de résiliation déjà existantes à son profit, former sa demande en résiliation dans les quinze jours qui suivent la notification qui lui serait faite par les syndics.

Un autre article de la même loi, remplaçant et modifiant l'ancien article 550 du Code de commerce et l'article 2102 du Code civil, détermine ensuite les droits de la faillite du preneur, et ceux du bailleur selon que le bail est ou n'est pas résilié.

Si ce bail est résilié, le propriétaire bailleur a privilége pour les deux dernières années de location échues avant le jugement déclaratif de faillite, pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail, et pour les dommages-intérêts auxquels il aurait droit par suite de la résiliation.

Si, au contraire, le bail n'est pas résilié, le bailleur, une fois payé de tous les loyers échus, ne peut pas exiger le paiement des loyers en cours ou à échoir, si les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues, ou si celles qui ont pu lui être fournies depuis la faillite sont jugées suffisantes.

Néanmoins lors même que le bail ne serait pas résilié, le bailleur, lorsqu'il y a vente et enlèvement des meubles garnissant les lieux loués, peut exercer son privilége, comme au cas de résiliation, et en outre pour une année à échoir à partir de l'expiration de l'année courante, que le bail ait ou n'ait pas date certaine.

Quant aux syndics, ils peuvent continuer ou céder le bail pour

tout le temps restant à courir, à la charge par eux ou leurs cessionnaires de maintenir dans l'immeuble un gage suffisant, et d'exécuter, au fur et à mesure des échéances, toutes les obligations résultant du droit ou de la convention, mais sans que la destination des lieux loués puisse être changée. Et si le bail contenait une interdiction de céder ou de sous-louer, les créanciers ne pourraient faire leur profit de la location que pour le temps à raison duquel le bailleur aurait touché ses loyers par anticipation et toujours sans que la destination des lieux puisse être changée (1).

Il est à remarquer toutefois que la loi du 12 février 1872 ne s'applique pas d'une manière absolue aux baux qui avant sa promulgation avaient acquis date certaine. Le propriétaire, qui en vertu de ces baux a privilége pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir, ne peut exiger par anticipation les loyers à échoir, et par conséquent exercer son privilége pour ces loyers, qu'autant qu'il ne lui est pas donné des garanties suffisantes pour en assurer le paiement.

Il est d'ailleurs à remarquer que le privilége du locateur pour ses loyers sur les meubles garnissant les lieux loués, étant fondé sur le même principe que le droit de gage, prime le privilége des gens de service pour leurs salaires (2).

2955. *Priviléges des semences et frais de récolte.* — Ce privilége est préférable à celui du locateur, parce que, sans semences et sans frais de récolte, il n'y aurait pas eu de récolte, et partant pas d'objet sur lequel pût s'exercer le privilége du locateur (3).

2956. *Privilége des ustensiles.* — Ce privilége est également, et par la même raison, préférable à celui du locateur (4).

Bien que le Code civil paraisse n'avoir eu en vue que l'industrie agricole, et semble, par conséquent, ne comprendre, sous la dénomination d'ustensiles, que les ustensiles aratoires (5),

(1) Voy. Cass., 4 janvier 1860, S., 60, 1, 17.

(2) Cass., 19 janvier 1864, S., 64, 1, 60.

(3) C. civ., 2102, n. 1.

(4) *Ibid.*

(5) M. Troplong, n. 166.

cependant j'inclinerais à donner à sa disposition un sens démonstratif plutôt qu'un sens limitatif, pour en étendre le bénéfice aux ustensiles employés dans l'industrie manufacturière. Des deux côtés la raison est la même ; et il suffit que les termes de l'article 2102 ne contredisent pas absolument cette solution pour qu'elle doive être acceptée comme conforme à son esprit.

2957. *Privilége du gage.* — Je n'ai rien à ajouter ici à ce que j'ai déjà dit à ce sujet, en traitant du nantissement et du gage mobilier (1).

2958. *Privilége des frais faits pour la conservation de la chose.* — Rien de plus juste que la cause de ce privilége ; celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose doit être préféré, sur le prix de cette chose, à ceux pour lesquels la chose eût été perdue s'il ne l'eût pas conservée (2). Il a donc privilége, non-eulement dans le cas de conservation totale, mais encore dans le cas de conservation partielle, parce que ce qui est vrai pour le tout est également vrai pour la partie.

Les frais faits pour entretenir une chose, pour empêcher qu'elle ne soit exposée à une cause de perte, pour éloigner les causes de perte ou les dangers qui la menacent, pour la mettre en état de résister aux atteintes du temps, sont des frais faits pour la conservation de la chose. Et cela s'applique, non-seulement aux meubles corporels et aux marchandises proprement dites, mais aussi aux meubles incorporels, tels que les créances. Aussi, a-t-il été jugé avec raison que l'agent d'affaires qui a obtenu la liquidation et le recouvrement d'une créance, a privilége sur cette créance pour les dépenses qui en ont procuré la liquidation et le recouvrement (3) ; et que des avances de fonds, faites pour aider au recouvrement d'une créance, peuvent être considérées comme des frais faits pour la conservation de la chose, et jouir, en conséquence, du privilége établi par l'article 2102 (4).

(1) Voy. *sup.*, n. 2807 et suiv.

(2) *Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.* L. 6, ff. *Qui potior.*

(3) Cass., 4 mai 1824, S., 7, 1, 451 ; D., 9. 630.

(4) Cass., 13 mai 1835, S., 35, 1, 707.

Nous verrons bientôt que la plupart des privilèges qui se rencontrent dans l'exécution des contrats maritimes, sont motivés par la préférence due aux frais faits pour la conservation de la chose (1).

2959. On confond souvent le privilége de l'ouvrier sur la chose qu'il a travaillée et améliorée, privilége qui se traduit en un droit de rétention, avec le privilége des frais faits pour la conservation de la chose. Il y a cependant cette différence entre le privilége fondé sur le droit de rétention et le privilége des frais de conservation, que le premier qui, ainsi que nous l'avons déjà vu (2), suppose un droit de gage ou de nantissement, cesse avec la possession de la chose travaillée ou améliorée, tandis que le second existe quoique le créancier ne soit pas nanti de la chose conservée. Il faut donc soigneusement distinguer entre le travail de l'ouvrier qui améliore une chose, la modifie, en change la forme et la destination, travail dont la rémunération est protégée par le droit de rétention, et les soins donnés à une chose, soins qui admettent quelquefois un certain travail, sans le supposer nécessairement, et qui ont pour but de maintenir la chose dans son état primitif, plutôt que d'ajouter à son utilité, ou d'en changer la destination. L'application de cette distinction aux espèces particulières peut quelquefois présenter des difficultés ; mais le principe sur lequel elle repose ne peut faire l'objet d'aucun doute.

Ajoutons qu'il ne faut pas non plus confondre avec le travail d'amélioration ou de modification, qui donne lieu au droit de rétention, et avec les soins de conservation qui donnent lieu au privilége de l'article 2102, l'emploi par un ouvrier ou par un manufacturier, d'un instrument de travail qui lui aurait été confié par le propriétaire pour l'appliquer, au profit de ce dernier, à l'usage auquel il est propre, et pour en tirer une utilité déterminée. Ainsi, la remise de planches ou de clichés à un imprimeur, pour en tirer un certain nombre d'exemplaires, ne lui donne pas un droit de rétention ou de privilége sur ces clichés, à la valeur desquels il n'a rien ajouté, et qu'il n'a pas

(1) Voy. *inf.*, n. 2977 et 2978.
(2) Voy. *sup.*, n. 2843.

conservés (1); l'imprimeur n'a non plus aucun droit de privilége sur le papier qui lui a été remis pour être employé en impressions, et qu'il n'a pas encore imprimé; tandis qu'au contraire, il a un droit de rétention sur le papier déjà employé à l'impression, parce que son travail a ajouté à la valeur de ce papier.

2960. *Privilége du vendeur non payé.* — Ce privilége est en quelque sorte double, en ce sens qu'il peut s'exercer, soit par voie de préférence sur le prix des objets vendus et non payés, soit par voie de revendication des objets eux-mêmes. C'est ce qui résulte de l'article 2102, n° 4, du Code civil, qui, après avoir déclaré privilégié le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme, ajoute que si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel la livraison a été faite. Ce privilége, et le droit de revendication qui le fortifie, sont particuliers au Droit civil : le Droit commercial les repousse. Le nouvel article 550 du Code de commerce a mis fin à toutes les controverses qui s'étaient élevées à ce sujet, en disposant que le privilége et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'article 2102 du Code civil, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne sont point admis en cas de faillite (2).

Cette disposition nouvelle s'applique, non-seulement aux meubles corporels et aux marchandises, mais encore aux meubles incorporels, tels qu'un fonds de commerce. La question est d'autant moins susceptible de doute, qu'un amendement proposé en 1835, lors de la discussion de l'article 550 précité, et qui avait pour but de maintenir exceptionnellement le privilége et l'action en revendication du vendeur non payé d'un

(1) Ainsi jugé par la 5e chambre du tribunal de la Seine, entre Brunot-Labbe, libraire-éditeur, et Cosson, imprimeur, par un jugement dont j'ignore la date précise, mais qui doit être de 1839.

(2) V. aussi la loi du 12 fév. 1872.

fonds de commerce ou d'un office, a été rejeté par la Chambre des députés sur les observations fort judicieuses de M. Renouard, rapporteur (1).

Toutefois, en cas de faillite, il peut y avoir lieu à revendication des marchandises vendues et non payées, mais suivant d'autres conditions que celles qui sont déterminées par l'article 2102 du Code civil. Les conditions de cette revendication particulière sont déterminées par l'article 576 du Code de commerce, aux termes duquel peuvent être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura pas été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli (2), et qui ajoute que, néanmoins, la revendication ne sera pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude sur factures et connaissements ou lettres de voiture, signés de l'expéditeur.

2961. Rappelons ici que cette revendication, et le privilége sur lequel elle repose, ne peuvent être exercés par le vendeur, au préjudice du commissionnaire ou du bailleur de fonds, régulièrement nanti des marchandises (3) ; et remarquons, de plus, que si lorsque les marchandises sont encore en route, le vendeur n'est privé de son droit de revendication, en cas de revente, qu'autant que les marchandises ont été revendues à la fois sur facture et connaissement, ou sur facture et lettre de voiture (4), le commissionnaire n'a pas besoin, pour être valablement nanti, comme créancier privilégié, que l'expédition lui ait été faite sur facture et connaissement, ou sur facture ou lettre de voiture : il suffit, aux termes de l'article 95 du Code de commerce, qu'il constate, par une lettre de voiture ou par un connaissement, l'expédition qui lui en a été faite (5).

(1) M. Renouard, p. 260. — Voy. aussi M. Troplong, n. 126, et M. Pont, n. 135.

(2) Voy. Cass., 27 avril 1853, S., 53, 1, 353, et Metz, 23 août 1860, S., 61, 2, 118.

(3) Voy. *sup.*, n. 2906.

(4) M. Renouard, t. II, p. 399; M. Alauzet, t. V, n. 1909. Voy. cependant Paris, 4 déc. 1860, S., 61, 1, 107.

(5) Voy. *sup.*, n. 2874.

Ajoutons enfin que si la double condition, à savoir que la vente ait été faite à la fois sur facture et sur connaissement ou lettre de voiture est nécessaire pour que le vendeur primitif ne puisse plus revendiquer les marchandises dans la faillite de l'acheteur, cette disposition exceptionnelle de l'article 576 n'est applicable qu'à la vente qui serait opposée au vendeur primitif : vis-à-vis des tiers autres que le vendeur primitif, l'endossement sur connaissement suffit pour la translation de la propriété des marchandises auxquelles le connaissement s'applique (1).

2962. *Privilége de l'aubergiste.* — Sur ce privilége fondé sur un droit de gage, il suffit de renvoyer à ce qui en a été dit au chapitre du *Gage* (2).

2963. *Privilége du voiturier.* — C'est encore un droit de gage sur lequel je me suis déjà complétement expliqué (3).

2964. *Privilége sur le cautionnement des fonctionnaires publics.* — Il y a, sur les cautionnements, deux ordres de priviléges. Les cautionnements sont d'abord affectés aux faits de charge, c'est-à-dire aux créances résultant d'abus et de prévarications commis par les fonctionnaires publics tels, par exemple, que les agents de change, dans l'exercice de leurs fonctions; puis ensuite, et en second ordre, au remboursement des sommes prêtées pour tout ou partie du cautionnement (4). Dans le privilége de premier ordre, figurent et les créances du trésor, résultant des amendes prononcées contre le fonctionnaire, et les créances des tiers auxquels sont dus des dommages-intérêts; et il a été jugé que, dans le concours de ces deux priviléges, celui du trésor, pour le recouvrement des amendes prononcées contre le fonctionnaire, ne devait s'exercer qu'après celui des créances résultant du dommage éprouvé par ceux qui ont traité avec lui, surtout lorsque le trésor public n'a obtenu de condamnation qu'après la faillite sur-

(1) V. Cass , 17 août 1859, S., 60, 1, 61 ; Paris, 1er déc. 1860, S., 61, 2, 117 ; et Cass., 13 janvier 1862, S., 62, 1, 267. — V. aussi Cass., 16 avril 1866, S., 66, 1, 249.

(2) Voy. *sup.*, n. 2844.

(3) Voy. *sup.*, n. 2845. — Voy. aussi *inf.*, n. 2983, pour le fret.

(4) L. 25 niv. an XIII, art. 1.

venue depuis que les créances pour dommages-intérêts avaient été consenties ou reconnues (1).

2965. *Privilége de la contribution foncière.* — *Privilége des droits de mutation.* — Rien à dire.

2966. *Privilége des facteurs de la Halle aux blés de Paris.* — Ce privilége s'exerce en premier ordre, et par préférence à tous autres (2).

2967. *Privilége des avances du commissionnaire.* — C'est un droit de gage dont la nature, les effets et les conditions ont déjà été amplement expliqués (3).

2968. *Privilége des créances énumérées dans l'article* 191 *du Code de commerce sur les navires et autres bâtiments de mer.* — Voici l'énumération de ces créances dans l'ordre de préférence établi par l'article 191 du Code de commerce.

2969. 1° Les frais de justice et autres faits pour parvenir à la vente et à la distribution du prix. — C'est là, d'ailleurs, un privilége général qui, spécialisé par cette disposition, doit naturellement tenir le premier rang parmi les priviléges spéciaux avec lesquels il concourt. Ces frais doivent être constatés par des états de frais arrêtés par les tribunaux compétents (4).

2970. 2° Les droits de pilotage, tonnage, cale, amarrage et bassin ou avant-bassin.

2971. 3° Les gages du gardien et frais de garde du bâtiment depuis son entrée dans le port jusqu'à la vente.

2972. 4° Le loyer des magasins où se trouvent déposés les agrès ou apparaux, constatés, de même que les droits et gages qui précèdent, par des quittances des receveurs et des états arrêtés par le président du tribunal de commerce (5).

2973. 5° Les frais d'entretien du bâtiment et de ses agrès ou apparaux, depuis son dernier voyage et son entrée dans le port, constatés par des états arrêtés par le tribunal de commerce (6).

(1) Cass., 7 mai 1816, S., 5, 1, 187; D., 9, 85.
(2) Décr. 27 fév. 1811, art. 1.
(3) Voy. *sup.*, n. 2828 et suiv.
(4) C. com., 191 et 192.
(5) C. com., 191 et 192.
(6) *Ibid.*

2974. 6° Les gages et loyers du capitaine et autres gens de l'équipage, employés au dernier voyage, constatés par les rôles d'armement, arrêtés dans les bureaux de l'inscription maritime (1).

2975. 7° Les sommes prêtées au capitaine pour les besoins du bâtiment pendant le dernier voyage, et le remboursement du prix des marchandises par lui vendues pour le même objet. — Peu importe que, par infidélité, le capitaine n'ait pas appliqué ces sommes à leur destination (2). Les sommes empruntées pendant le voyage sont préférées à celles qui auraient été empruntées avant le départ du navire; et s'il y a plusieurs emprunts faits pendant le même voyage, le dernier emprunt, comme étant le plus utile, sera toujours préféré à celui qui l'a précédé (3). Si, cependant, les emprunts, quoique à des dates différentes, n'avaient pour objet qu'une réparation unique qui, exigeant des dépenses considérables, nécessiterait l'intervention de plusieurs prêteurs, il n'y aurait plus de motifs de préférence, et tous les emprunts concourraient ensemble (4). Les sommes prêtées et la valeur des marchandises vendues pour les besoins du navire, pendant le dernier voyage, sont constatés par des états arrêtés par le capitaine, et appuyés de procès-verbaux signés par le capitaine et les principaux de l'équipage, constatant la nécessité des emprunts (5); ou par des contrats de prêt à la grosse, enregistrés au greffe du tribunal de commerce, dans les dix jours de leur date (6).

2976. 8° Les sommes dues au vendeur, aux fournisseurs et ouvriers employés à la construction, si le navire n'a point encore fait de voyage; et les sommes dues aux créanciers pour fournitures, travaux, main-d'œuvre; pour radoub, victuailles, armement et équipement, avant le départ du navire, s'il a déjà navigué. A cet effet, la vente du navire doit être constatée par un acte ayant date certaine; les fournitures pour l'armement,

(1) C. com., 191 et 192.
(2) M. Pardessus, n. 946.
(3) C. com., 323.
(4) M. Pardessus, n. 954.
(5) C. com., 192.
(6) *Ibid.*, 312.

équipement et victuailles du navire, par les mémoires, factures ou états visés par le capitaine et arrêtés par l'armateur, dont un double est déposé au greffe du tribunal de commerce, avant le départ du navire ou, au plus tard, dans les dix jours après son départ (1).

Ceux qui ont prêté des fonds pour payer les vendeurs, les fournisseurs, ou employés à la construction, ne jouissent pas du privilége de ces derniers, à moins de subrogation expresse (2).

2977. 9° Les sommes prêtées à la grosse, sur le corps, quille, agrès, apparaux, pour radoub, victuailles, armement et équipement, constatées par des contrats passés devant notaire ou sous signatures privées, et enregistrés ainsi qu'il a déjà été dit (3). Nous verrons tout à l'heure l'étendue de ce privilége, selon les objets sur lesquels le prêt est fait (4).

2978. 10° Le montant des primes d'assurances faites sur le corps, quille, agrès, apparaux, et sur armement et équipement du navire, dues pour le dernier voyage, et constatées par les polices ou par les extraits des livres des courtiers d'assurance (5). Si l'assurance, au lieu d'être faite au voyage, avait lieu pour un temps limité, le privilége aurait lieu pour la totalité des primes dues pendant le temps déterminé, sans distinction des voyages faits pendant ce même temps, lesquels doivent, à l'égard de l'assureur, être considérés comme un seul et même voyage (6).

(1) C. com., 191, 192. — Le privilége que l'article 191, n. 8, C. com., accorde sur le navire aux fournisseurs et ouvriers employés à la construction, n'a lieu qu'au cas où le constructeur du navire l'a construit pour son propre compte, et non au cas où il l'a construit pour le compte d'autrui en vertu d'un marché à forfait. — Dans ce dernier cas, toutefois, le privilége des fournisseurs et ouvriers subsiste s'ils ont ignoré l'existence du marché; mais il se perd s'ils ont connu, et ils n'ont alors contre le propriétaire du navire, en conformité de l'article 1798 ; C. civ., qu'une action en payement jusqu'à concurrence des sommes qu'il peut encore devoir à l'entrepreneur. Bordeaux, 4, 18 et 19 août 1856, S., 58, 2, 225.

(2) M. Pardessus, n. 954.

(3) C. com., 191, 192, 312. — Voy *sup.*, n. 2975.

(4) Voy. *inf.*, n. 2984.

(5) C com., 191, 192.

(6) Rouen, 7 juill. 1828, S., 9, 1, 112; D., 29, 2, 207.

2979. 11° Les dommages-intérêts dus aux affréteurs pour le défaut de délivrance des marchandises qu'il ont chargées, ou pour remboursement des avaries souffertes par ces marchandises par la faute du capitaine ou de l'équipage, justifiés par les jugements ou par les décisions arbitrales qui seraient intervenus (1).

2980. Les créanciers compris dans ces différents ordres de priviléges viennent en concurrence et au marc le franc en cas d'insuffisance du prix (2).

Le rang de ces priviléges ne peut d'ailleurs être interverti par des conventions particulières faites avec le propriétaire du navire, auxquelles n'auraient pas été parties ceux à qui cette interversion peut préjudicier (3). Mais il est bien évident que chacun pouvant renoncer au droit établi en sa faveur, des créanciers privilégiés d'ordres divers pourraient changer entre eux l'ordre établi par la loi, mais seulement jusqu'à concurrence du montant de la créance d'un ordre préférable à laquelle serait substituée une créance d'un ordre inférieur.

2981. *Privilége des loyers des matelots sur le fret* (4). — Ce privilége fortifie celui que l'article 291 accorde pour le même objet sur le navire. Dans les cas ordinaires, ce privilége s'exerce sur le fret qui est liquide, plutôt que sur le navire qu'il faudrait commencer par faire vendre. Mais, en cas de naufrage, les matelots sont d'abord payés sur les débris du navire qui ont été sauvés. Si les débris ne suffisent pas, ou s'il n'y a que des marchandises sauvées, les matelots sont payés de leurs loyers subsidiairement sur le fret (5), et, dans ce cas, suivant un jugement du tribunal de Marseille, du 6 avril 1830 (6), le privilége s'étend sur le fret acquis et encaissé antérieurement (7).

2982. *Privilége des créanciers résultant de la charte-partie.* —

(1) C. com., 191, 194.
(2) *Ibid.*, 191.
(3) M. Pardessus, n. 954.
(4) C. com., 271.
(5) *Ibid.*, 259.
(6) *Journal de Marseille*, 11, 1, 253.
(7) Voy. Rouen, 12 août 1863, S., 64, 2, 299.

Ce privilége porte non-seulement sur le navire, les agrès et les apparaux, mais encore sur le fret et sur les marchandises chargées (1).

2983. *Privilége du fret sur les marchandises du chargement* (2). — Ce privilége l'emporte sur tous autres, même sur celui du vendeur non payé et sur celui du commissionnaire (3). Le commissionnaire ne pourrait exercer son privilége sur la marchandise, ni le vendeur la revendiquer, qu'en payant les sommes dues pour le fret, parce que ces sommes, qui viennent en quelque sorte en diminution de la chose, sont dues plutôt par la chose elle-même qui a profité du transport, que par l'expéditeur ou par le propriétaire (4).

2984. *Privilége de l'argent prêté à la grosse.* — Quand le prêt a été fait sur le corps et quille du vaisseau, le privilége porte sur le navire, les agrès et les apparaux, sur les victuailles et sur le fret acquis. Quand le prêt est fait sur le chargement, le privilége ne porte que sur le chargement. Quand il a été fait sur un objet particulier du navire ou du chargement, le privilége ne porte que sur cet objet (5). L'emprunt fait *sur corps* et *facultés* confère, sur la totalité du navire et du chargement, un privilége pouvant s'exercer sur l'un et sur l'autre, solidairement ou séparément, selon la volonté du prêteur (6). Les emprunts faits sur le dernier voyage du navire, sont remboursés par préférence aux sommes prêtées pour un précédent voyage, quand même il serait déclaré qu'elles sont laissées par continuation ou renouvellement. Les sommes empruntées pendant le voyage sont préférées à celles qui auraient été empruntées avant le départ du navire ; et s'il y a plusieurs emprunts faits pendant le même voyage, le dernier emprunt sera toujours préféré à celui qui l'aura précédé (7). S'il y a contrat à la grosse et assurance sur le même navire ou sur le même chargement,

(1) C. com., 280.
(2) *Ibid.*, 307.
(3) Voy. *sup.*, n. 2960, 2967.
(4) M. Pardessus, n. 961.
(5) C. com., 320.
(6) Émérigon, t. II, p. 589.
(7) C. com., 323.

le produit des effets sauvés du naufrage est partagé entre le prêteur à la grosse pour son capital seulement, et l'assureur pour les sommes assurées, au marc le franc de leur intérêt respectif, sans préjudice des priviléges établis à l'article 191 (1).

2985. Les meubles n'ayant pas de suite, il en résulte que les priviléges sur les meubles sont éteints et purgés aussitôt que les meubles sont sortis des mains du débiteur de la créance privilégiée. Néanmoins, par dérogation à cette règle, les priviléges sur les navires peuvent persister encore pendant un certain temps, quoique le navire ait cessé d'appartenir au débiteur.

2986. A cet égard, il faut distinguer entre la vente forcée et la vente volontaire des navires. Si la vente est forcée, elle éteint tous les priviléges qui passent du navire sur le prix qui la représente, et le navire arrive entre les mains de l'acquéreur libre de toutes charges provenant du chef du précédent propriétaire (2).

Si, au contraire, la vente est volontaire (3), elle n'éteint pas de plein droit et par elle-même les priviléges qui grèvent le navire. Les priviléges ne sont éteints que lorsque, depuis la vente volontaire, le navire a fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur (4). Mais alors l'extinction des priviléges, par l'effet de ce voyage, est absolue, de telle sorte qu'elle fait non-seulement disparaître le rang que les priviléges avaient entre eux, mais encore qu'elle efface toute distinction entre les créances privilégiées et les créances ordinaires qui concourent toutes à droit égal sur le prix encore dû par l'acquéreur (5).

Un navire est censé avoir fait un voyage en mer à l'effet de

(1) C. com., 331.

(2) C. com., 193. Mais pourvu que la vente ait été inscrite sur l'acte de francisation. Cass., 16 mars 1864; S., 64, 1, 111.

(3) Peu importe qu'elle soit simulée et déguise un nantissement au profit de l'acquéreur nominal. Cass., 2 juill. 1856, S., 57, 2, 56. — Voy. aussi Cass., 25 mars 1872, S., 72, 1, 137.

(4) C. com., 193.

(5) Aix, 17 juill. 1828, S., 9, 2, 122; D., 28, 236; Bordeaux, 22 août 1860, S., 61, 2, 49.

purger les priviléges, lorsque son départ et son arrivée ont été constatés dans deux ports différents, et trente jours après le départ (1), quelque courte que soit, d'ailleurs, la durée du trajet, s'il s'est écoulé trente jours depuis le départ (2); ou lorsque, sans être arrivé dans un autre port, il s'est écoulé plus de soixante jours entre le départ et le retour dans le même port; ou lorsque, parti pour un voyage de long cours, le navire a été plus de soixante jours en voyage, sans réclamation de la part des créanciers du vendeur (3).

2987. Le privilége du capitaine sur le fret est soumis à un mode particulier d'extinction. Ce privilége ne subsiste que pendant la quinzaine qui suit la délivrance que le capitaine a faite du chargement aux réclamateurs ou consignataires. Et il est bien évident, d'ailleurs, que ce privilége s'éteindrait avant l'expiration de la quinzaine, si avant ce délai les marchandises chargées passaient en mains tierces (4).

SECTION II. — *Des priviléges sur les immeubles et des priviléges sur les meubles et sur les immeubles.*

SOMMAIRE. — 2988. Priviléges sur les immeubles. Ils sont spéciaux. — 2989. Priviléges sur les immeubles et sur les meubles. Ils sont généraux. — 2990. Comment ils se conservent et comment ils s'éteignent.

2988. Les priviléges sur les immeubles intéressent peu le commerce. Voici l'ordre dans lequel l'article 2103 énumère les créanciers qui peuvent s'en prévaloir :

1° Le vendeur sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix; 2° ceux qui ont fourni des deniers pour l'acquisition d'un immeuble; 3° les cohéritiers sur les immeubles de la succession; 4° les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, sur les ouvrages qu'ils ont édifiés, construits ou réparés; 5° ceux qui ont prêté des deniers pour payer ou rembourser les ouvriers.

(1) C. com., 194.
(2) Marseille, 10 mars 1830, *Journal de Marseille*, 11, 1, 248.
(3) C. com., 194. Voy. cependant Caen, 12 août 1861, S., 63, 2, 49. Voy. aussi Bordeaux, 5 mars 1851, S., 61, 2, 501.
(4) *Ibid.*, 307.

Tous ces priviléges sont spéciaux sur l'immeuble à l'occasion duquel ils sont constitués.

2989. Les priviléges généraux sur les meubles ci-dessus énumérés (1), s'étendent aussi sur les immeubles (2). Ces priviléges sont généraux sur les immeubles comme sur les meubles; mais ils ne peuvent s'exercer sur les immeubles qu'à défaut de mobilier. Lorsqu'ils concourent avec des priviléges spéciaux sur un immeuble, ils passent avant les priviléges spéciaux (3).

2990. Les priviléges sur les immeubles se conservent par l'inscription ou la transcription du titre au bureau des hypothèques dans la forme prescrite par les articles 2106 et suivants du Code civil.

CHAPITRE II

DES HYPOTHÈQUES.

SOMMAIRE. — 2991. Ce que c'est que l'hypothèque. Ses caractères distinctifs. — 2992. Quelles choses elle peut affecter. Immeubles. Immeubles par destination. — 2993. Actions sociales. — 2994. En cas d'incendie d'une maison assurée, l'hypothèque passe-t-elle sur le prix? — 2995. Peut être constituée pour l'ouverture d'un crédit; pour garantie d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. — 2996. Dans ce dernier cas, se transmet-elle par endossement? — 2997. Différentes sortes d'hypothèques. — 2998. Hypothèque légale. A quelles créances elle s'applique. — 2999. Son caractère distinctif. — 3000. Quels biens en sont grevés; en cas de faillite;... de société. — 3001. Hypothèque judiciaire. — 3002. Hypothèque conventionnelle. Par qui elle peut être consentie; par quels actes. — 3003... Détermination de la créance... En matière de crédit ouvert. — 3004... De crédit ouvert en compte courant. — 3005... Biens atteints par l'hypothèque conventionnelle. — 3006. Rang des hypothèques. Inscriptions. — 3007. Conséquences du droit de suite. — 3008. Ordre et distribution du prix.

2991. L'hypothèque est l'affectation spéciale d'un immeuble à l'acquittement d'une obligation, affectation qui confère au

(1) Voy. *sup.*, n. 2932.
(2) C. civ., 2105.
(3) *Ibid.*, n. 2104.

créancier un droit réel sur cet immeuble, et, par conséquent, le droit de le suivre en quelques mains qu'il passe (1). L'hypothèque diffère du gage principalement en ce qu'il est de l'essence du gage que le créancier soit mis en possession de la chose donnée en gage, tandis que la chose hypothéquée reste dans la possession du débiteur ; mais elle s'en rapproche, en ce que le créancier hypothécaire est payé par préférence sur le prix de la chose hypothéquée, comme le créancier gagiste sur le prix de la chose donnée en gage.

Un des caractères principaux de l'hypothèque, c'est son indivisibilité (2), c'est-à-dire que la totalité de la dette grève chaque partie de l'immeuble, comme la totalité de l'immeuble est affectée à chaque partie de la dette : *Est tota in toto et tota in quâlibet parte*, dit Dumoulin, *propter individuam pignoris causam* (3).

2992. L'hypothèque est un mode d'affectation spécial aux immeubles (4) : les meubles, d'après le principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre (5), n'ont point de suite par hypothèque (6).

Quant aux meubles devenus immeubles par destination par leur accession à un immeuble, ils sont susceptibles d'hypothèques conjointement avec l'immeuble auquel ils s'incorporent moralement ou physiquement ; mais ils ne pourraient être hypothéqués séparément, puisque l'action hypothécaire ne pourrait être exercée contre eux qu'en les séparant de l'immeuble, et en les faisant rentrer dans la classe des meubles non susceptibles d'hypothèque.

Il suit de là que si des immeubles par destination, hypothéqués conjointement avec l'immeuble dont ils font partie, en sont détachés et vendus séparément, le prix de ces objets, qui sont redevenus meubles, échappe à l'hypothèque et doit être distribué entre tous les créanciers sans privilége ni pré-

(1) C. civ., 2114.
(2) *Ibid.*, 2114.
(3) Dumoulin, *Extric. labyr.*, *div. et indiv.*, part. III, n. 28.
(4) C. civ., 2118.
(5) *Ibid.*, 2279.
(6) *Ibid.*, 2119.

férence. Je m'associe complétement aux critiques dirigées par M. Troplong contre un arrêt de la Cour de Douai, du 3 février 1815, et contre un arrêt de la Cour de cassation, du 4 février 1817 (1), qui ont jugé le contraire (2).

2993. Les actions dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, étant réputées meubles, bien que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies (3), ne sont pas susceptibles d'hypothèque. Il n'y a d'exception que pour les actions de la banque de France, lorsqu'elles ont été immobilisées conformément aux dispositions du décret du 16 janvier 1808. Il a même été jugé par la Cour de cassation, le 22 mai 1833 (4), que des actions immobilisées par leur propriétaire actuel, conservent de plein droit, après la vente qui en est faite, le caractère d'immeubles entre les mains de l'acquéreur, et qu'elles continuent comme auparavant à être susceptibles d'hypothèque.

2994. De ce que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques, il faut encore conclure que, lorsqu'une maison grevée d'hypothèque est détruite par un incendie, l'hypothèque périt faute d'aliment, et ne peut se continuer par une sorte de reconstitution sur l'indemnité qui représente bien la maison, mais qui est purement mobilière (5).

2995. Une hypothèque peut être constituée pour toutes sortes d'obligations, pour sûreté des obligations commerciales comme pour sûreté des obligations civiles. On peut en faire l'accessoire d'une ouverture de crédit (6), d'une lettre de change ou d'un billet à ordre; et, dans ce cas, l'hypothèque peut être constituée, soit dans la lettre de change ou dans le billet à ordre même, faits dans une forme authentique (7),

(1) S., 5, 1, 278. — Voy. aussi Paris, 29 fév. 1836, S., 36, 2, 349.
(2) M. Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 399.
(3) C. civ., 529; Douai, 27 nov. 1839, S., 40, 2, 206. — Voy. *sup.*, t. II, n. 1379.
(4) S., 33, 1, 517.
(5) M. Troplong, n. 890. — Cass., 28 juin 1831, S., 31, 1, 291; D., 31, 1, 214.
(6) Voy. *inf.*, n. 3003.
(7) Voy. *sup.*, n. 2385. — Voy. aussi n. 2301 et *inf.*, n. 2013.

soit dans un acte spécial, si la lettre de change et le billet à ordre sont faits dans la forme ordinaire et sous signature privée.

2996. Mais c'est une question fort délicate que celle de savoir si, dans le cas où une hypothèque a été constituée accessoirement à une lettre de change ou à un billet à ordre, la transmission de ces titres d'obligation par la voie de l'endossement, qui leur est propre, emporte la transmission du droit à l'hypothèque comme celle du droit à la somme stipulée; en d'autres termes, si l'endossement, qui fait passer la créance de mains en mains, est également capable de transmettre la garantie hypothécaire qui fait la sûreté du créancier. Bien que l'affirmative de ces questions ait en sa faveur de graves autorités (1), je crois que l'endossement, établi pour la transmission des droits personnels et mobiliers, tels que ceux qui résultent des obligations principales contractées, soit par lettres de change, soit par billets à ordre, ne peut être étendu à la transmission des droits réels et immobiliers tels que ceux qui résultent d'une hypothèque. Toutes les dispositions qui régissent les obligations à ordre et l'endossement, supposent qu'il s'agit d'obligations commerciales ou qui peuvent être commerciales et conséquemment d'obligations essentiellement personnelles et mobilières. Et si les articles 136 et 187 du Code de commerce disposent que la propriété des lettres de change et des billets à ordre se transmet par voie d'endossement, ils entendent parler des droits qui découlent naturellement et nécessairement des lettres de change et des billets à ordre, considérés comme tels et en eux-mêmes, et non des droits particuliers qui peuvent, sans doute, être stipulés à côté ou en dehors de la lettre de change ou du billet à ordre, mais qui ne font pas partie nécessaire et essentielle de l'obligation principale. On ne peut donc pas voir dans l'hypothèque, attachée comme appendice à une lettre de change ou à

(1) Cass., 10 août 1831, S., 31, 1, 371; 21 fév. 1838, S., 38, 1, 208; 20 juin 1854, S., 54, 1, 593; Dijon, 5 août 1858, S., 59, 2, 49; M. Troplong, *De la vente*, n. 906; Duvergier, *ibid.*, t. II, n. 212; M. Alauzet, t. II, n. 861.

un billet à ordre, un accessoire de la même nature que le principal, et dont la transmission soit la conséquence de la transmission de l'obligation principale, quand cette transmission a lieu dans une forme spécialement établie pour cette obligation principale (1).

2997. Il y a trois sortes d'hypothèques : l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire, et l'hypothèque conventionnelle. L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi; l'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements et des actes judiciaires; l'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats (2).

2998. Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont, aux termes de l'article 2121 du Code civil, ceux des femmes mariées sur les biens de leurs maris; ceux des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur; ceux de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. Cette hypothèque est générale et peut s'exercer sur tous les biens du débiteur (3).

2999. Le caractère distinctif de l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, c'est d'être dispensée d'inscription et de prendre rang, pour les femmes, à compter du jour où la créance protégée par l'hypothèque a pris naissance, et pour les mineurs, à compter du jour de l'acceptation de la tutelle (4). L'inscription de ces hypothèques n'est requise que comme condition de leur exercice contre les tiers détenteurs (5).

3000. L'hypothèque légale de la femme grève tous les biens de son mari, à moins qu'elle n'ait été restreinte conformément à l'article 2144 du Code civil, ou par les suites de la faillite du mari (6). Elle frappe même les biens qu'un mari met en so-

(1) Lyon, 22 mars 1830, S., 31, 2, 238; Grenoble, 7 fév. 1835, S., 35, 2, 240. — Voy. aussi une dissertation de M. Cabantous, professeur de droit administratif à la faculté de droit d'Aix, insérée dans S., 38, 1, 209.

(2) C. civ., 2116, 2116.

(3) *Ibid.*, 2122.

(4) *Ibid.*, 2135.

(5) *Ibid.*, 2193 et suiv.

(6) Voy. *sup.*, t. II, n. 1344 et suiv.

ciété, lorsqu'au moment où ils y ont été mis ils étaient déjà grevés de l'hypothèque légale : ils entrent dans la société avec leurs charges dont le mari ne peut les affranchir, en les aliénant par une association, pas plus qu'il ne pourrait les affranchir en les vendant. Mais si une femme épouse un associé, elle n'a hypothèque légale sur les biens de la société, antérieurs ou postérieurs à son mariage, qu'à partir du jour où, par une dissolution suivie d'une liquidation et d'un partage, les biens de la société sont devenus les biens du mari. Jusque-là, et tant que la société quoique dissoute n'a pas été liquidée, c'est la société, personne morale, qui seule est propriétaire des biens sur lesquels, dès lors, les femmes des associés ne peuvent à aucun titre exercer aucun droit (1). Et cela est vrai des sociétés civiles aussi bien que des sociétés commerciales, puisque les unes et les autres constituent des personnes morales (2).

Mais cela n'est pas également vrai des sociétés en participation, qui, à la différence des autres sociétés, ne constituent pas un corps moral distinct des individus qui les composent (3). Il suit de là que dans une association en participation ayant pour objet les bénéfices à opérer sur l'exploitation ou la vente d'immeuble, apportés par l'un des coparticipants, celui-ci conserve la propriété de ces immeubles qui demeurent susceptibles d'être hypothéqués de son chef, mais qui ne peuvent être hypothéqués du chef des autres participants (4).

3001. L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications faites en jugement, et des signatures apposées à un acte sous seing privé. Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles ont été revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. Il en est de même des ju-

(1) Cass., 29 mai 1865, S., 65, 1, 325.

(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 1940. — Savary, part. II, p. 28; Toubeau, p. 102; M. Troplong, *Des sociétés*, n. 860 et suiv. — Toulouse, 31 juill. 1820, S., 6, 2, 300; D., 21, 2, 87; Cass., 19 mai 1831, S., 31, 1, 202; D., 31, 1, 250.

(3) Voy. *sup.*

(4) Cass., 17 juillet 1861, S., 62, 1, 374.

gements rendus en pays étranger (1) ; ce qui ne s'applique pas aux sentences des consuls français en pays étranger, qui sont de plein droit exécutoires en France (2).

L'hypothèque judiciaire est générale, et elle frappe les biens présents et à venir du débiteur (3).

3002. L'hypothèque conventionnelle, ou qui résulte d'une convention, ne peut être consentie que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent (4). Nous avons vu, en parlant des mineurs (5), des femmes (6) et des faillis (7), comment et sous quelles conditions ils peuvent hypothéquer leurs immeubles.

Elle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins (8). C'est pourquoi, ainsi que nous l'avons déjà vu, dans les cas fort rares où l'on veut constituer une hypothèque par une lettre de change ou par un billet à ordre, ces titres d'obligations, ordinairement sous signature privée, doivent être rédigés en forme authentique (9). Quant aux contrats passés en pays étrangers, ils ne donnent aucune hypothèque en France (10).

3003. En règle générale, l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte. Néanmoins, si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée pour sa valeur, le créancier ne peut faire inscrire l'hypothèque que jusqu'à concurrence d'une certaine somme expressément déterminée (11).

C'est pourquoi une hypothèque peut être très-valablement

(1) C. civ., 2123. — Voy. *sup.*, t. II, n. 793 et 818.
(2) Édit de juin 1778, art. 35. — Voy. *sup.*, t. I, n. 475.
(3) C. civ., 2123.
(4) *Ibid.*, 2124.
(5) Voy. *sup.*, t. II, n. 1056 et 1057.
(6) Voy. *ibid.*, n. 1122.
(7) Voy. *ibid.*, n. 847 et suiv.
(8) C. civ., 2127.
(9) Voy. *sup.*, t. III, n. 1940.
(10) Voy. *sup.*, t. II, n. 847.
(11) C. civ., 2132.

constituée pour un crédit ouvert, parce que si l'ouverture de crédit constitue une obligation suspendue par une condition, tant que le crédité n'a pas fait usage du crédit, elle devient pure et simple aussitôt que la condition s'est réalisée (1). On peut même prendre inscription, pour sûreté de cette hypothèque, avant que le crédit ait été réalisé, parce que, ainsi que le dit très-bien M. Troplong (2), l'inscription devient l'accessoire d'une obligation valable et vaut autant qu'elle. Je pense même que l'hypothèque ainsi concédée a effet à l'égard des tiers, non pas seulement du jour où les avances ont été faites, mais bien à partir du jour où l'inscription a été prise pour sûreté des avances à faire : l'obligation prise par le créditeur de faire des avances au crédité, bien qu'éventuelle et conditionnelle, n'en est pas moins actuelle, puisqu'elle ôte, jusqu'à un certain point, au créditeur, la disponibilité des sommes jusqu'à concurrence desquelles le crédit a été ouvert (3).

3004. Quant à l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert par compte courant, pour un temps déterminé, à l'expiration duquel le compte serait balancé et arrêté, elle ne vaut que pour la somme dont, au terme fixé, le crédité se trouve constitué débiteur par le compte courant, bien qu'alors ce compte courant n'ait pas été arrêté, et qu'il ait continué jusqu'à une époque ultérieure (4).

Mais les sommes versées par le crédité, après le délai fixé pour la durée du compte courant, ne doivent pas, à l'égard des tiers intéressés à écarter l'hypothèque, être imputées en diminution ou extinction de la créance existant d'après le compte à l'époque fixée; en sorte que si, plus tard, par la con-

(1) Cass., 10 août 1831, S., 31, 1, 371; D., 31, 1, 303. — M. Troplong, n. 480.

(2) *Ibid.*

(3) Grenier, *Des hypoth.*, t. I, n. 266; Pardessus, n. 1137. — Paris, 20 août 1841, S., 41, 2, 540; D., 41, 2, 255; Cass., 21 nov. 1849, S., 50, 1, 91, et 8 mars 1853, S., 55, 1, 214; Rouen, 3 août 1863, S., 66, 2, 127. — *Contrà*, M. Troplong, n. 478.

(4) Cass., 22 mars 1852, S., 52, 1, 308, et Paris, 21 déc. 1852, S., 53, 2, 5.

tinuation du compte courant, une créance (égale ou inférieure) vient à ressortir au profit du créditeur, cette créance continue d'être garantie par l'hypothèque (1).

3005. L'hypothèque conventionnelle est spéciale : l'acte qui la constitue doit énoncer sur quels immeubles actuellement appartenant au débiteur, elle est établie. Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués (2).

3006. L'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire, et même l'hypothèque légale du trésor, des communes et des établissements publics, n'ont de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier, sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par les articles 2134 et 2147 du Code civil (3). En cas de faillite, le jugement déclaratif attribue aux créanciers une sorte d'hypothèque judiciaire dont l'inscription est prise par les syndics au nom de la masse, sur les immeubles du failli. Cette inscription est reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite et relatant la date du jugement par lequel les syndics ont été nommés (4).

Cette inscription n'a pas d'ailleurs seulement pour résultat de rendre publique la faillite, moins encore de créer un droit hypothécaire au profit de la masse (5).

3007. Le droit de suite que l'hypothèque confère au créancier impose à l'acquéreur d'un immeuble grevé d'inscription diverses obligations qui ont pour but de purger, ou, en d'autres termes, d'affranchir l'immeuble de ces hypothèques ; ces obligations, qui consistent dans l'accomplissement de formalités assez compliquées, sont exposées dans les chapitres VIII et IX du titre XVIII du Code civil. Si l'acquéreur ne remplit pas ces formalités, il demeure obligé à toutes les

(1) Paris, 21 déc. 1852, S., 53, 2, 5. — Voy. pour la justification de ces deux propositions ma Dissertation, S., 52, 2, 308.

(2) C. civ., 2129.

(3) C civ., 2134.

(4) C. com., 490.

(5) Cass., 29 déc. 1858, S., 59, 1, 209; M. Renouard, *Des faillites*, t, I, p. 497; M. Alauzet, t. IV, n. 1752. — Voy. cependant Pardessus, *Droit Comm.*, n. 1168 et 1248; et M. Bedarride, *Des faillites*, t. I, n. 416.

dettes hypothécaires inscrites sur l'immeuble, à moins qu'il n'aime mieux délaisser l'immeuble hypothéqué sans aucune réserve (1).

3008. Le prix de l'immeuble vendu volontairement ou judiciairement, se distribue entre les créanciers hypothécaires suivant l'ordre et le rang de leurs hypothèques ou de leurs inscriptions. Ils ne sont primés que par les priviléges.

La vente judiciaire, à moins qu'elle n'ait lieu par licitation, est la suite de l'expropriation forcée par laquelle nous avons commencé cette série d'explications sur les garanties légales et conventionnelles des obligations, et que nous retrouvons, au moment où nous la terminons, comme le dernier moyen qui reste au créancier d'exécuter son débiteur quand son débiteur ne s'exécute pas lui-même.

LIVRE VII

DES PRESCRIPTIONS.

3009. Je ne me propose pas de faire ici un traité de la prescription : c'est une tâche qui demanderait un livre spécial. Je me bornerai seulement à des indications sommaires, qui serviront de complément aux matières que j'ai approfondies dans cet ouvrage.

3010. La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions dé-

(1) C. civ., 2166 et suiv.

terminées par la loi (1). Dans l'un et l'autre cas, la prescription est une sorte de peine infligée au propriétaire ou au créancier négligent, laquelle peine consiste dans la perte de la chose ou du droit qu'il a négligé de réclamer, pendant un temps assez long pour faire présumer qu'il ne lui appartient pas, ou qu'il y renonce.

Les prescriptions longues, de trente, de vingt ou de dix ans, sont en faveur du possesseur ou du débiteur, une présomption tellement absolue, qu'elle n'admet ni preuve contraire, ni vérification autre que celle du temps écoulé. Les prescriptions courtes, au contraire, de cinq ans et au-dessous, sont une présomption qui a souvent besoin d'être corroborée par l'affirmation sous serment du débiteur qui prétend s'en prévaloir. C'est ce qui a lieu, notamment, pour la prescription des lettres de change et des billets à ordre (2) ; pour celle qui est opposée aux marchands et fournisseurs, aux ouvriers, aux commis, aux maîtres de pension. Le serment peut aussi être déféré aux veuves et héritiers, et aux tuteurs de ces derniers s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose qui leur est demandée, comme représentant le défunt, est encore due, quoiqu'il se soit écoulé un temps suffisant pour prescrire (3).

3011. La prescription est suspendue par les circonstances qui mettent le créancier ou le propriétaire dans l'impossibilité d'agir, soit pour rentrer dans la possession de la chose, soit pour se faire payer de ce qui lui est dû : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. Il est clair qu'on ne peut voir une présomption de renonciation à un droit que de la part de celui qui, pouvant agir, est resté dans l'inaction (4).

La prescription est interrompue par tous les actes de poursuite qui indiquent, de la part du créancier, la volonté de réclamer ce qui lui appartient (5).

(1) C. civ., 2219.
(2) C. com., 189.
(3) C. civ., 2275.
(4) *Ibid.*, 2251 et suiv. — Voy. Orléans, 11 mai 1861, S., 63, 2, 65.
(5) *Ibid.*, 2242 et suiv.

Il y a cette différence remarquable entre la suspension et l'interruption de la prescription que le temps pendant lequel la prescription a couru avant une suspension est compté au débiteur qui peut l'ajouter au temps qui s'est écoulé depuis que la suspension a cessé, pour compléter le laps de temps nécessaire pour prescrire; tandis que l'interruption efface le laps de temps antérieur, de telle sorte que l'acte interruptif devient le point de départ d'une prescription nouvelle qui ne s'accomplit que lorsque le laps de temps nécessaire pour la prescription s'est accompli d'un seul trait, à partir du dernier acte interruptif.

3012. Entrons dans le détail des différentes prescriptions commerciales, en commençant par les plus courtes et en remontant graduellement aux plus longues.

3013. *Prescription des six mois.* — Se prescrivent par six mois :

1° L'action des cabaretiers, traiteurs, hôteliers et aubergistes, à raison du logement et de la nourriture qu'ils fournissent (1), soit que le marché soit au jour, au mois ou à l'année. Chaque terme échu se prescrit par six mois à compter de son échéance (2). Cette prescription est opposable par les marchands aussi bien que par les non-marchands : la disposition de l'article 2262, qui n'accorde qu'aux particuliers non marchands la faculté d'opposer la prescription d'un an pour les fournitures à eux faites par des marchands (3), n'est pas applicable, par analogie, à la prescription de six mois régie par l'article 2271 (4).

2° L'action des ouvriers, domestiques et gens de service qui se louent au mois (5) : disposition qui s'applique aux chefs d'ateliers, employés à tant par jour, aux ouvriers proprement dits (6) et aux commis.

3° Les actions contre les voituriers et commissionnaires de

(1) C. civ., 2271.
(2) M. Troplong, *Prescriptions*, n. 950.
(3) Voy. *inf.*, n. 3014.
(4) Cass., 20 juin 1838, S., 38, 1, 638.
(5) C. civ., 2271.
(6) Cass., 7 janv. 1824, S., 7, 168.

transports, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises pour les expéditions faites dans l'intérieur de la France, à compter, pour le cas de perte, du jour où le transport des marchandises aurait dû être effectué, et pour les cas d'avaries, du jour où la remise des marchandises aura été faite (1).

4° L'action en délaissement en cas de prise ou perte des objets assurés, aux côtes de l'Europe, ou sur celles de l'Asie et de l'Afrique, dans la Méditerranée, à compter de la réception de la nouvelle (2).

3014. *Prescription d'un an.* — Se prescrivent par an :

1° L'action des marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands (3), et même pour les marchandises qu'ils vendent aux marchands lorsqu'elles ne font pas l'objet du commerce de ceux à qui elles sont vendues (4);

2° L'action des ouvriers, domestiques et gens de travail, qui se louent à l'année (5), et celle des commis;

3° L'action des commissionnaires et voituriers, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, pour les expéditions faites à l'étranger (6): disposition qui s'applique aussi aux capitaines de navires, à raison des marchandises dont le transport leur est confié (7);

4° L'action des pharmaciens pour leurs médicaments (8), en comptant autant de créances qu'il y a de fournitures (9);

5° L'action en délaissement, en cas de perte des objets assurés, aux colonies des Indes orientales, aux Açores, Canaries, Madère et autres îles occidentales d'Afrique et orientales d'Amérique (10);

(1) C. com., 108. Voy. Cass., 7 déc. 1869, D., 70, 1, 57.
(2) *Ibid.*, 373.
(3) C. civ., 2272. Voy. Cass., 8 août 1860, S., 61, 1, 535.
(4) M. Troplong, *Prescriptions*, n. 962.
(5) C. civ., 2272.
(6) C. com., 108.
(7) Rouen, 31 mai 1825, S., 8, 2, 82; D., 25, 1, 923.
(8) C. civ , 2272.
(9) M. Troplong, *Prescriptions*, n. 959.
(10) C. com., 373.

6° L'action de l'administration des douanes, en payement des droits (1);

7° Toutes actions en payements du fret d'un navire (2);

8° Toutes actions en payement des gages et loyers des matelots (3);

9° Toutes actions en payement pour nourriture fournie aux matelots (4);

10° Toutes actions en payement pour fournitures de bois et autres choses nécessaires aux constructions, équipement et avitaillement d'un navire (5);

11° L'action des maîtres pour le prix d'apprentissage (6). Le délai de la prescription commence à courir du jour où l'apprenti est sorti de chez son maître : car, jusque-là la présence de l'apprenti équivaut en quelque sorte à une reconnaissance de la dette.

Dans tous les cas où la prescription a lieu pour fournitures, livraisons, services ou travaux, elle court quoiqu'il y ait eu continuation de fournitures, de livraisons, de services et de travaux, et elle ne cesse de courir que lorsqu'il y a eu compte arrêté, cédule ou obligation ou citation en justice non périmée (7).

3015. *Prescription de deux ans.* — Se prescrivent par deux ans :

1° L'action en délaissement quand la perte est arrivée dans toutes les parties du monde autres que les côtes de l'Europe, celle de l'Asie et de l'Afrique, dans la Méditerranée, les Indes occidentales, les Açores, Canaries, Madère et autres îles et côtes occidentales de l'Afrique et orientales de l'Amérique (8);

2° L'action en restitution de droits et de marchandises con-

(1) L. 22 août 1791, tit. XIII, art. 25.
(2) C. com., 433.
(3) *Ibid.* Voy. Rouen, 12 août 1863, S., 64, 2, 299.
(4) *Ibid.*
(5) *Ibid.*
(6) C. civ., 2272.
(7) C. civ., 2274.
(8) C. com., 373.

tre l'administration des douanes (1). Cette prescription est suspendue pendant la durée du séquestre auquel les marchandises sujettes aux droits auraient été soumises par ordre du gouvernement. Elle ne reprend son cours que du jour où la mainlevée du séquestre a été accordée (2).

3016. *Prescription de cinq ans.* — Se prescrivent par cinq ans :

1° L'action en garantie contre l'agent de change, comme responsable de la validité des transferts de rentes, à partir de la déclaration de transfert (3). Cette prescription, qui n'est interrompue, ni par la minorité de celui qui doit exercer le recours en garantie, ni par toute autre cause (4), est opposable à l'action récursoire du trésor contre l'agent de change, bien que le trésor n'ait lui-même été actionné qu'après l'expiration des cinq ans (5).

2° L'action des tiers contre les associés non liquidateurs, leurs veuves, héritiers ou ayants cause, à partir de la fin ou de la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée ou l'acte de dissolution a été affiché ou enregistré, conformément aux articles 42, 43, 44 et 46 du Code de commerce, et si, depuis cette formalité remplie, la poursuite n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire (6). Cette prescription s'applique non-seulement aux associés entre eux, mais encore aux actions des créanciers de la société contre les associés (7). Elle s'applique aussi à l'associé retiré, à compter de sa retraite, lorsqu'elle a été rendue publique dans les mêmes formes que la dissolution (8).

3° Toute action dérivant d'un contrat à la grosse ou d'un contrat d'assurance maritime (9);

(1) L. 22 août 1791, t. XIII, art. 25.
(2) Cass., 29 janv. 1828, S., 9, 1, 20; D., 28, 1, 111.
(3) Arrêté du 27 prair. an X, art. 16.
(4) M. Mollot, *Des bourses de commerce,* n. 370.
(5) Paris, 25 janv. 1835, S., 32, 2, 410; D., 33, 1, 450.
(6) C. com., 64.
(7) Cass., 21 juill. 1833, S., 36, 1, 121 ; D., 35, 1, 450.
(8) Cass., 7 juin 1830, S., 30, 1, 294 ; D., 30, 1, 280.
(9) C. com., 432, 434. Voy. Cass., 15 janv. 1865, S., 65, 1, 80.

4° Toutes actions relatives aux lettres de change ou aux billets à ordre souscrits par des négociants, marchands ou banquiers ou pour faits de commerce, à moins qu'il n'y ait eu condamnation, ou que la dette n'ait été reconnue par acte séparé (1);

5° Les intérêts, et généralement tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts (2).

3017. *Prescription de trente ans.* — Se prescrivent par trente ans, toutes les actions généralement quelconques qui ne sont pas soumises à une prescrption plus courte par une disposition particulière; telles sont entre autres :

1° L'action des agents d'affaires pour leurs honoraires;

2° L'action des agréés pour leurs honoraires. Les agents d'affaires et les agréés sont des mandataires ordinaires, non compris parmi les officiers ministériels, à l'égard desquels les articles 2272 et 2273 du Code civil réduisent la prescription à un an ou à cinq ans (3);

3° L'action des commissionnaires, pour leurs droits de commission (4);

4° L'action des agents de change, en payement de leurs honoraires (5);

5° L'action en garantie contre l'agent de change, responsable de la vérité de la dernière signature d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (6);

6° L'action contre l'associé liquidateur (7) ;

3018. Le juge ne peut pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription (8); mais les parties peuvent l'opposer en tout état de cause, même en appel, à moins, que, d'après

(1) C. com., 189, Cass., 24 déc. 1860, S., 61, 1, 364; et 7 mars 1866, S., 66, 1, 288.

(2) C. civ., 2277.

(3) M. Vazeille, *Des prescriptions,* n. 605 ; Cass., 18 mars 1818, S., 5, 1, 453 ; D., 11, 384.

(4) Aix, 29 oct. 1813, S., 42... 360; D., 11, 308.

(5) Mollot, *Des bourses de commerce*, n. 413.

(6) Mollot, *ibid.*, n. 379.

(7) C. com., 64.

(8) C. civ., 2223.

les circonstances, elles ne doivent être présumées y avoir renoncé (1) ; et, lors même que le propriétaire ou le débiteur y aurait renoncé, la prescription pourrait être opposée par les créanciers, la caution, ou toute autre personne ayant intérêt à ce qu'elle fût acquise (2).

(1) C. civ., 2224.
(2) *Ibid.*, 2225.

FIN DU TOME QUATRIÈME ET DERNIER.

TABLE DES MATIÈRES

Le chiffre indique la page.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU QUATRIÈME ET DERNIER VOLUME.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LES QUATRE VOLUMES.

Le premier chiffre indique le volume, les chiffres suivants le numéro.

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES CONTENUES DANS LES QUATRE VOLUMES.

TABLE DES ARTICLES

DU CODE CIVIL ET DU CODE DE COMMERCE

CITÉS OU EXPLIQUÉS DANS LE COURS DE L'OUVRAGE.

CODE CIVIL

Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.
481	2	1070	549	3	1697	990	1	567	1124	3	1533
»	»	1076	»	»	1801	1002	2	1353	1125	1	544
»	»	1079	550	2	1404	1004	2	1353	»	2	1061
»	4	2113	»	3	1697	1013	3	1438	»	»	1076
482	2	1034	»	4	2640	1033	3	1907	»	»	1080
»	»	1070	551	2	1405	1096	2	1267	»	»	1092
»	4	2113	552	2	1405	»	»	1343	»	»	1105
483	2	1034	558	3	1474	1101	3	1433	»	3	1534
484	2	1034	565	2	1405	»	»	1443	1126	3	1535
»	»	1042	566	2	1405	1102	3	1438	1127	3	1479
»	»	1055	569	2	1405	1104	3	1438	»	»	1538
»	»	1070	570	2	1405	1105	2	962	1128	1	3
»	»	1076	571	2	1405	»	3	1438	»	3	1536
»	»	1076	572	2	1405	1106	3	1438	1129	3	1548
»	»	1078	573	2	1405	1107	3	1434	1130	3	1539
485	2	1042	574	2	1405	»	»	1436	»	»	1547
487	2	1036	578	2	1406	»	»	1441	1131	3	1550
»	»	1037	»	»	1407	»	»	1442	»	»	1566
»	»	1048	582	2	1406	1108	3	1453	1132	3	1567
»	»	1054	583	2	1403	»	»	1533	»	»	1571
»	4	2100	»	»	1404	»	»	1547	»	»	1575
489	2	1095	584	2	1404	1109	3	1479	»	»	1723
490	2	1092	584	2	1406	»	»	1482	1133	3	1576
491	2	1092	587	2	1409	»	»	1497	1134	3	1547
497	4	2113	»	»	1410	»	»	1498	»	»	1578
499	2	1098	»	»	1413	1110	3	1484	»	»	1579
502	2	1092	589	2	1409	»	»	1493	»	»	1580
503	2	1092	»	»	1410	1111	3	1500	»	»	1711
509	2	1091	»	»	1411	1112	3	1502	1135	3	1441
512	2	1093	»	»	1413	1113	3	1499	1136	3	1593
513	2	1100	592	2	1408	1114	3	1501	»	»	1594
516	2	1370	593	2	1408	1116	3	1509	»	»	1614
517	2	1369	600	2	1414	»	»	1510	»	»	1646
»	»	1370	601	2	1414	»	»	1512	1137	3	1614
518	2	1370	602	2	1414	»	»	1518	»	»	1616
»	»	1372	603	2	1414	»	»	1520	»	»	1786
519	2	1370	605	2	1408	1118	4	2355	1138	3	1589
520	2	1370	606	2	1408	1119	3	1714	»	»	1591
521	2	1370	711	2	1401	»	»	1720	»	»	1599
522	2	1370	»	3	1589	»	»	1730	»	»	1619
524	2	1370	»	4	2345	»	»	1893	»	»	1620
»	»	1373	»	»	2348	1120	3	1714	»	»	1632
»	»	1374	713	2	1395	»	»	1715	»	»	1002
525	2	1373	717	2	1395	»	»	1716	»	»	1869
526	2	1369	726	1	497	»	»	1717	»	»	1882
»	»	1378	»	»	498	»	»	1718	»	»	1884
527	2	1369	788	2	1187	»	»	1719	»	4	2343
529	2	1281	»	3	1734	»	»	1730	»	»	2345
»	»	1369	795	2	1363	1121	3	1581	»	»	2348
»	»	1379	802	2	1366	»	»	1714	1139	3	1635
»	4	2995	868	2	1409	»	»	1720	»	»	1637
530	2	1377	873	2	1365	»	»	1721	»	»	1636
531	2	1372	882	3	1734	»	»	1722	»	»	1638
»	»	1377	»	»	1744	»	»	1726	»	»	1641
533	2	1388	883	2	1345	»	»	1730	»	»	1662
»	»	1389	893	4	2667	»	»	1893	1141	3	1590
538	2	1395	900	2	765	1122	2	1071	»	»	1591
544	2	1394	912	1	497	»	»	1085	»	»	1600
545	2	1400	»	»	498	»	3	1712	»	»	1604
547	2	1403	913	2	1185	1123	2	1024	»	»	1607
»	»	1404	988	1	260	»	3	1533	»	»	1772
549	2	1404	989	1	508	1124	2	1024	»	4	2449

Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.
1142	3	1466	1167	4	2382	1188	3	1864	1215	3	2054
»	»	1646	1168	3	1439	»	»	1868	1216	3	2055
1144	3	1649	»	»	1554	»	»	1870	1217	3	1898
»	»	1650	»	»	1747	»	»	1873	1218	3	1898
»	»	1651	»	»	1748	»	»	1922	1220	3	1900
»	»	1840	»	»	1749	»	4	2264	»	4	2139
1145	3	1652	1169	3	1750	»	»	2265	1221	2	1365
»	»	1657	1170	3	1751	1189	3	1876	1222	2	1365
»	»	1680	1171	3	1752	1190	3	1879	1226	3	1667
1146	3	1656	1172	3	1758	1191	3	1879	»	»	1890
1147	3	1634	1173	3	1759	1192	3	1878	1227	3	1893
»	»	1663	1174	3	1753	1193	3	1648	»	»	1895
1148	3	1663	»	»	1754	»	»	1882	1228	3	1892
1149	3	1665	»	»	1773	»	»	1883	1229	3	1892
»	»	1702	1175	3	1760	»	»	1885	»	»	1896
1150	3	1671	»	»	1764	1194	3	1882	1230	3	1896
1152	3	1667	1176	3	1761	»	»	1883	1231	3	1896
»	»	1670	»	»	1762	»	»	1885	1234	4	2065
»	»	1896	»	»	1764	1195	3	1884	1236	4	2073
1153	1	83	»	»	»	1196	3	1881	»	»	2074
»	»	620	1177	3	1761	1197	3	1904	»	»	2215
»	»	621	»	»	1762	»	»	1910	1237	4	2072
»	3	1682	»	»	1764	»	»	1915	1238	4	2427
»	»	1684	»	»	»	»	»	1917	1239	4	2089
»	»	1685	1178	3	1767	»	»	1921	»	»	2102
»	»	1686	1179	1	588	1198	3	1922	»	»	2116
»	»	1690	»	2	1352	»	»	1925	1240	4	2089
»	»	1696	»	3	1770	»	»	1929	1241	4	2101
»	»	1700	»	»	1778	»	»	1931	1242.	4	2087
»	»	1701	»	»	1932	»	»	2018	1243	4	2119
»	»	1702	1180	3	1780	1199	3	1932	1244	3	1662
»	»	1704	»	»	1867	1201	3	1937	»	»	1873
»	»	1705	1181	3	1554	1202	3	1904	»	»	1900
»	»	1706	»	»	1748	»	»	1905	»	4	2138
»	»	1707	1182	3	1783	»	»	1906	»	»	2142
»	»	1709	»	»	1787	»	»	1910	»	»	2143
»	»	1866	»	»	1788	»	»	1915	»	»	2144
1154	3	1710	»	»	1790	»	»	1938	»	»	2239
1156	3	144	»	»	1808	1203	3	2014	1245	4	2119
»	»	1442	»	»	1809	1204	3	2018	1246	4	2120
»	»	1764	1183	3	1795	1205	3	2025	1247	2	1009
1157	3	1716	»	»	1808	1206	3	2025	»	4	2146
1159	1	83	»	»	1819	»	»	2032	1248	4	2149
»	»	567	»	»	1821	»	»	2032	1249	4	2152
»	»	597	1184	3	1662	1207	3	2026	»	»	2153
1160	1	83	»	»	1796	»	»	2033	1250	4	2153
»	3	1441	»	»	1801	1208	1	573	»	»	2154
»	»	1699	»	»	1820	»	3	2034	»	»	2156
1162	1	608	»	»	1821	»	»	2040	»	»	2163
1165	3	1711	»	»	1827	»	»	1935	1251	4	2157
»	»	1712	»	»	1829	1209	3	2041	»	»	2161
»	»	1713	»	»	1831	1210	3	2020	»	»	2162
1166	2	1199	»	»	1839	»	»	2046	1252	4	2169
»	3	1733	»	»	1984	1211	3	2017	1253	4	2171
»	4	2161	1185	3	1844	»	»	2046	1254	4	2172
»	»	2382	1186	3	1845	1212	3	2017	»	»	2177
1167	2	1185	»	»	1859	»	»	2047	1255	4	2067
»	»	1226	»	»	1863	1213	3	1992	»	»	2172
»	»	1236	»	»	1867	»	»	2049	1256	4	2173
»	»	1341	1187	3	1860	»	»	2058	1257	4	2180
»	3	1733	1188	2	1830	1214	3	2049	1258	4	2139
»	»	1739	»	3	1863	»	4	2160	»	»	2181

Art.	Tom.	Num.
1372	4	2612
»	»	2616
»	»	2619
»	»	2620
»	»	2623
1373	4	2616
1374	4	2616
»	»	2623
1375	4	2612
»	»	2616
»	»	2625
»	»	2626
1376	1	645
»	4	2612
»	»	2630
»	»	2633
»	»	2634
1377	3	1497
»	4	2633
»	»	2634
»	»	2635
1378	4	2640
1379	4	2641
1380	4	2641
1381	4	2642
1382	1	544
»	2	1017
»	3	1906
»	4	2610
»	»	2647
1383	1	544
»	4	2651
1384	4	2653
1385	4	2656
1386	4	2656
1387	2	1265
1391	2	1019
1394	2	1019
1395	2	1020
»	»	1266
1401	2	1130
»	»	1271
»	»	1276
»	»	1283
»	»	1285
»	»	1286
1402	2	1269
»	»	1286
1403	2	1284
1409	2	1013
»	»	1129
»	4	2283
1410	2	1287
»	4	2438
1411	4	2283
1416	4	2283
1419	2	1129
»	»	1130
»	»	1288
»	3	2011
»	4	2283
1421	2	1130
1421	2	1269
»	»	1289
1422	2	1289
1426	2	1130
»	»	1288
»	3	2011
1428	2	1289
»	»	1291
»	4	2114
»	»	2427
1437	2	1285
1442	3	1907
1443	2	1020
1444	2	1333
1445	2	1021
»	»	1022
»	»	1022
1446	2	1332
1447	2	1331
»	3	1734
1451	2	1022
1452	4	2580
1453	2	1304
1456	2	1304
1471	2	1293
»	»	1296
1472	2	1293
1482	2	1013
1483	2	1314
1487	3	2011
1492	2	1302
1494	2	1337
1495	1	559
1498	2	1306
1499	2	1306
1500	2	1307
1501	2	1307
1503	2	1338
1504	2	1338
1505	2	1308
1510	2	1310
1513	2	1311
1514	2	1312
1515	2	1313
1520	2	1314
1521	2	1314
1524	2	1314
1526	2	1309
1530	2	1131
»	»	1316
1531	2	1131
»	»	1316
»	4	2114
1532	2	1316
1536	2	1129
»	»	1131
»	»	1317
1537	2	1317
1540	2	1318
1542	2	1320
1549	4	2114
1551	2	1409
1554	1	548
»	2	1013
»	»	1122
»	»	1129
»	»	1318
»	»	1319
»	»	1320
1555	2	1320
1556	2	1320
1558	2	1129
»	»	1323
1565	3	1622
1569	2	1344
1574	2	1129
»	»	1327
1576	2	1131
1582	3	1596
»	4	1659
1583	1	602
»	3	1589
»	»	1591
»	»	1599
»	4	2343
»	»	2659
1585	3	1592
»	»	1607
»	4	2343
1586	3	1609
»	»	1624
»	4	2343
1587	3	1610
»	»	1625
»	»	1812
1588	3	1630
»	»	1789
»	4	2343
1589	3	1583
1590	3	1582
»	»	1583
1595	2	1267
1598	1	3
»	2	902
1602	1	608
1604	3	1596
1606	3	1596
»	»	1597
»	»	1600
»	»	1601
»	»	1602
1607	3	1699
1610	3	1674
»	»	1827
1612	3	1595
1613	4	2216
1630	1	637
1648	1	639
1652	3	1696
»	»	1697
1654	3	1801
»	»	1829
1655	3	1704
1657	3	1829
1657	3	1833
»	»	1835
»	»	1836
»	»	1837
»	»	1838
1660	2	1304
1674	3	1515
»	4	2355
1683	1	641
1686	2	1084
1687	2	1084
1689	3	1524
»	4	2661
1691	4	2299
1706	4	2355
1709	4	2664
1710	4	2664
1715	3	1585
»	4	2548
1719	4	2544
1734	3	1907
»	»	2012
1779	4	2665
1780	3	1397
1782	4	2672
»	»	2772
1798	4	2976
1807	3	1663
1813	4	2355
1832	4	2665
1834	4	2550
1846	3	1696
»	»	1705
1848	4	2176
1859	3	1919
1862	3	1940
1865	4	2345
»	»	2346
1867	4	2345
»	»	2346
»	»	2347
»	»	2348
1872	2	1084
»	3	1734
»	»	1744
1873	1	83
»	3	1442
»	»	1442
1874	4	2666
1876	4	2278
»	»	2667
1881	3	1644
1887	3	1907
»	»	2012
1892	4	2668
1895	1	611
»	2	1389
»	4	2133
»	»	2135
»	»	2136
1897	1	609
»	2	1409

CODE DE COMMERCE

Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.
177	3	1707	249	2	1400	332	4	2431	438	2	1169
»	4	2207	250	4	2665	»	»	2565	»	»	1170
179	3	1708	253	3	1670	»	»	2566	»	»	1216
180	3	1707	258	3	1543	»	»	2567	»	»	1239
181	3	1707	259	4	2948	»	»	2675	»	»	1245
182	3	1708	»	»	2980	341	3	1553	439	2	1156
183	1	622	271	4	2948	346	3	1825	»	»	1239
»	3	1708	»	»	2980	347	3	1489	»	»	1245
184	3	1691	273	3	1670	»	»	1541	440	2	1156
185	3	1691	»	4	2563	»	»	1541	»	»	1216
»	»	1692	276	4	2342	»	»	1542	441	2	1147
»	»	1693	»	»	2344	»	»	1546	»	»	1151
187	2	1067	280	4	2948	»	4	2533	»	»	1157
»	3	1691	»	»	2984	349	3	1663	»	»	1166
»	»	1693	281	3	1526	»	»	1666	»	»	1166
»	»	1851	»	»	1987	357	3	1489	442	2	820
»	»	1860	»	»	2000	»	»	1511	»	»	1158
»	»	1909	»	4	2663	»	»	1552	»	»	1179
»	»	1936	»	»	2665	358	3	1489	»	»	1182
»	»	1987	»	»	2875	»	»	1511	»	»	1186
»	4	2143	»	»	2883	»	»	1552	»	»	1196
»	»	2144	»	»	2395	359	3	1558	»	»	1197
»	»	2145	»	»	2414	365	3	1520	443	2	1166
»	»	2201	»	»	2576	»	3	1554	»	»	1178
»	»	2403	283	4	2576	»	»	1555	»	»	1179
»	»	2679	286	4	2664	»	4	2582	»	»	1185
»	»	2996	288	3	1662	366	3	1520	»	»	1186
188	2	1364	»	»	1666	373	4	3013	»	»	1189
»	3	1572	289	3	1666	»	»	3015	»	»	1196
189	2	1364	291	4	2968	375	3	1762	»	»	1197
»	4	3010	295	3	1666	»	4	2664	»	»	1198
»	»	3016	297	3	1541	384.	4	2576	»	»	1200
191	4	2948	302	3	1541	385	4	2155	444	2	1166
»	»	2968	307	4	2907	394	2	1236	»	»	1330
»	»	2969	»	»	2949	397	4	2643	»	3	1868
»	»	2976	»	»	2987	400	4	2612	»	»	2016
»	»	2977	311	4	2565	»	»	2615	»	4	2216
»	»	2978	»	»	2566	»	»	2644	»	»	2265
»	»	2979	312	1	592	407	4	2650	»	»	2316
»	»	2984	»	4	2432	»	»	2652	»	»	2715
192	4	2433	»	»	2975	410	2	1400	»	»	2951
»	»	2969	»	»	2977	»	4	2612	445	2	1166
»	»	2975	313	3	1526	»	»	2615	»	3	1690
»	»	2976	»	»	1694	423	4	2645	»	4	2316
»	»	2977	»	»	1998	425	2	1400	446	1	557
»	»	2978	314	3	1528	»	4	2645	»	2	1166
193	3	1613	»	»	1987	429	2	1400	»	»	1217
»	4	2986	»	»	1998	432	2	1364	»	»	1218
194	4	2978	315	3	1987	»	4	3016	»	»	1219
»	»	2986	316	3	1528	433	2	1364	»	»	1220
195	4	2562	317	3	1511	»	»	1364	»	»	1221
197	4	2683	320	4	2949	»	4	3013	»	»	1223
215	4	2683	»	»	2983	434	4	3016	»	»	1224
216	4	2189	323	4	2949	435	2	762	»	»	1227
»	»	2655	»	»	2975	436	2	762	»	»	1229
217	1	168	»	»	2984	437	2	1143	»	»	1343
»	4	2655	328	3	1553	»	»	1151	»	3	1741
221	3	1617	»	»	1694	»	»	1166	»	4	2295
»	4	2674	330	1	592	»	»	1174	»	»	2314
228	3	1666	331	4	2566	»	»	1239	»	»	2710
231	4	2785	»	»	2949	438	2	1156	»	»	2810
234	1	592	»	»	2986	»	»	1168	»	»	2887

Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.	Art.	Tom.	Num.
446	4	2891	518	2	1236	559	2	1336	581	2	1165
447	2	1166	»	4	2357	»	»	1337	»	»	1167
»	»	1185	519	2	1236	560	2	1338	»	»	1234
»	»	1218	520	2	1236	»	4	2691	»	3	1442
»	»	1227	»	3	1804	561	2	1337	582	2	1164
»	»	1741	»	»	1805	562	2	1337	584	2	1246
»	3	2316	»	4	2759	»	»	1339	585	2	1144
»	4	2710	523	4	2357	563	2	1337	»	»	»
»	»	2810	526	3	1804	»	»	1340	586	2	1147
448	2	1166	»	4	2316	»	»	1343	»	»	1156
»	»	1348	527	2	1240	»	»	1345	»	»	1245
»	»	1220	»	4	2693	»	»	1346	587	4	2945
»	3	2016	528	2	1240	»	»	1347	588	4	2945
»	4	2887	529	4	2687	»	»	1349	589	4	2945
449	2	1166	530	4	2688	»	»	1352	590	4	2945
»	»	1228	531	2	1170	564	2	1 41	592	2	1247
450	2	1166	532	4	2689	»	»	1342	593	3	1546
»	4	2952	533	4	2689	»	»	1343	594	2	1328
451	2	1166	536	4	2690	»	»	1352	597	2	1167
»	»	1231	537	2	1238	565	4	2691	»	4	2068
455	2	1166	»	4	2692	568	2	1344	»	»	2709
»	»	1202	539	2	1204	571	2	1166	598	2	1191
»	»	1204	»	»	1205	573	2	1349	»	3	1534
»	4	2789	541	1	517	574	1	555	601	2	1249
456	2	1156	»	2	1237	»	4	2161	604	3	1241
457	2	1202	»	4	2188	575	3	1442	»	2	2068
458	2	1202	542	3	2021	»	4	2289	613	2	1209
462	2	1166	»	»	2023	»	»	2382	614	4	546
»	»	1232	»	»	2044	576	3	1598	»	2	1209
»	4	2115	»	»	2058	»	»	1603	631	2	1369
463	2	1232	»	»	2059	»	»	1604	»	4	2611
464	2	1232	»	4	2233	»	»	1605	»	»	2613
467	2	1232	»	»	2311	»	»	1829	632	2	959
468	4	2115	»	»	2312	»	»	1830	»	»	951
469	2	1844	543	3	2058	»	4	2161	»	»	965
472	2	1203	»	»	2059	»	»	2216	»	»	1044
473	2	1203	»	»	2062	»	»	2450	»	»	1382
490	2	819	»	4	2233	»	»	2944	»	»	1538
»	»	1202	544	3	2020	»	»	2961	»	»	1989
»	4	3006	»	»	2024	577	3	1595	»	»	2581
492	2	1159	545	4	2710	»	»	1598	»	»	2613
502	2	1159	548	4	2908	»	»	1603	633	2	1382
»	4	2945	549	2	1352	»	»	1771	634	2	960
503	2	1159	»	4	2940	»	»	1830	636	2	1138
507	3	1731	»	»	2941	»	4	2216	»	»	1390
508	2	1089	550	3	1830	578	3	1596	»	3	1693
»	3	1731	»	4	2161	»	»	1603	»	»	1988
»	4	2200	»	»	2960	»	»	1771	»	»	1989
»	»	2234	551	2	1352	»	»	1830	637	2	1390
512	3	1731	»	4	2919	»	4	2216	»	3	1693
»	4	2357	552	2	1352	580	2	1158	»	»	1937
513	2	1088	557	2	1090	»	»	1165	»	»	1989
»	3	1731	»	»	1335	»	»	1167	»	4	2731
514	3	1731	»	»	1342	»	»	1199	638	2	965
515	3	1731	»	»	1343	»	»	1234	»	»	967
516	1	613	»	»	1346	581	2	1158	»	3	1569
»	2	1088	»	»	1346	»	»	1915	»	»	1693
»	»	1167	558	2	1336	»	»	1160	»	4	2612
517	4	2198	»	»	1342						

FIN DE LA TABLE DES ARTICLES DU CODE CIVIL ET DU CODE DE COMMERCE.

CORBEIL. — TYP. ET STÉR. DE CRÉTÉ FILS.



